This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Sc.

EY
LSX
QTo
v.8
1

SAMUELIS STRYKII

J. U. D.

COM. PALAT. CAES. SERENISS. ET POTENTISS. ELECT.

BRANDENB. CONSILIARII, FACULTAT. JURID. ORDINARII

ET DECRET. P. P.

DISSERTATIONUM JURIDICARUM

EX

JURE PUBLICO, PRIVATO, FEUDALI ET STATUTARIO

MATERIAS EXHIBENS

VOLUMEN VIII.

CONTINENS

DISSERT. HALLENS. VOL. II.

FLORENTIÆ

APUD JOSEPHUM CELLI

MDCCCXXXIX.

DISPUTATIO PRIMA

DE PROVISIONE MILITARI,

DIE MAJI ANNO MDCCII.

RESPONDENTE

M. JOH. FRIDER. OLEARIO, LIPS. JUR. UTR. CAND.

INGRESSUS.

Novum quod auspicati sumus, seculum, amplissimum bellorum apparatum orbi universo sistit. Nec enim intra Europae limites se contentura videntur arma, sed Asia ipsa et Africa, imo et America belli theatrum exhibitura videntur, postquam Caroli II. Hispaniarum regis mors ubique terrarum provincias reliquit, non familiae herciscundae judicio dividendas: etenim, cum haec jam ante ejus mortem invitis sane legibus, quibus huc usque Europae reges principesque usi, facta esset, non litibus sopiendis, sed excitandis apta fuit. Et jam ubique locorum arma armis adeo opponuntur, ut tantam bellorum palaestram sive ad arma praeparationem, dum classicum ubique canitur, nulla unquam aetas viderit. Omnium vero in hoc praecipua est cura, ut militem non tantum conscribant, sed et de illo sustentando soliciti sint. Mihi hoc occasionem praebuit inquirendi, quae quondam romanis legibus ratio sustentandi militem, tam in castris, quam hybernis fuerit, non ut docerem hodiernos militiae duces, quid ipsis faciendum sit, quibus saepe ominosum illud vocabulum *raison de guerre* justum reddit, quod justitiae alioquin vix quadraret; sed ut ostenderem, latitare etiam in jure nostro remedia militiae ita providendi, ut functionibus publicis subeundis illa par sit. Occasionem hujus rei commodam nactus sum in collegio ad codicem ab *illustri dn. Praeside* praeterita hyeme habito, ubi, cum vulgo tres libri posteriores tamquam inutiles negligi soleant, varia tamen occurrerunt, quae saluti publicae promovendae, si observarentur, non leve pondus allatura sint. Ex his materiam de provisione militari praesenti rerum statu motus selegi, paucis demonstraturus, quantam ejus curam habuerint legum nostrarum sanctiones. Faciam vero hoc strictim tantum, quantum pro specimine academico sufficere possit. Deus pacis auctor arma convertat in aratra et hastas in falces, quo pax redeat Europae tam in ecclesia quam politia.

CAPUT I.

De necessitate provisionis in genere.

SUMMARIA

Respublica belli et pacis tempore instructa esse debet. §. 1.
De vetere militiae romanae statu remissive agitur. §. 2.
Quid sit provisio? §. 3.
Differt a capito et collectatione militari. §. 4.
Quotuplex sit provisio. §. 5.
Necessitas provisionis. §. 6.
Quinam apud Romanos provisioni praefecti fuere? §. 7.
Praefecti juramento obstringebantur. §. 8.
Ad rationes reddendas obligabantur. §. 9.
Praefecti debent abstinere a commercio cum provincialibus. §. 10.
Justo tempore distributio fieri debet. Adaeratio non permittitur. §. 11.
Cura debet geri, ne frumenta corrumpantur. Lis inter militem et uctuarium decidenda. §. 12.
Privilegia praefectorum. §. 13.
Quinam conferre debent ad provisionem? Vassalli in Saxonia servitia redimere possunt. §. 14.
Forenses quoque obnoxii sunt provisioni. Rescriptum principis non liberat. §. 15.
Quid circa clericos obtineat? §. 16.

Quid in militia imperii obtineat? §. 17.
Quibus provisio debetur. An voluntariis? §. 18.
Quinam hodie cum domesticis comparantur? §. 19.
Non debent ab uno numero ad alium transferri. §. 20.
Haeredibus militum quoque debetur provisio. §. 21.
Quidnam militibus tribuendum sit? Vestes quoque debeatur. An arma huc pertinent? §. 22.
Mora debet evitari in provisione. §. 23.
Non licet pecuniam exigere. §. 24.
Non propria auctoritate extorqueatur provisio. §. 25.

§. 1. *In republica utrumque tempus et bellorum et pacis recte gubernandum esse*, optime monitum fuit ab imperatore Justiniano in *prooemio instit. jung. nov.* 24. Hinc quoque videre licet, prudentissimas gentes nunquam non viribus eo allaborasse, ut non tantum pacis tempore respublica egregie floreret, sed etiam id praecipue curare voluerunt, ne bello ingruente imparati et a necessariis rebus destituti deprehenderentur. Equidem laudem hanc Turcis praecipue tribuere cupit Perezius, quasi ipsi de istiusmodi mediis, quae ad felicitatem militiae promovendam pertinent, satis superque solliciti essent. *In comm. ad c. t. d. excoct. et trans.* Quamvis vero nullo modo genti cuivis ex hac parte laudes suas detrahere velim, persuasissimus tamen sum, potiore jure id de natione germanica depraedicari posse, quae, ut celebratissimi Conringii verbis utar: *ad gloriae militaris aeternum decus parandum omnia egregie comparavit. De habitu corpor. Germ. antiq. et nov. cans.* Imo hodie praesertim verissimum est, certare inter se resp. Europae quasnam inter illas majori prudentia militari, in conscribendo, exercendo, conservandoque milite alteri palmam faciat dubiam. Ut inde nemo ex illis, qui peregrinas visitant oras, et aliquando reip. cum fructu consulere cupiunt, rebus suis melius prospicere possit, quam si cujuscumque gentis mores in instruenda alendaque militia probe sibi perspectos reddat. Sed tamen nec deficiunt in jure nostro codicis utilissimae constitutiones, multum profuturae adhuc hodie, si quoad militiam observarentur. Nec enim adstipulari possum Grönwegio qui in *tract. de ll. abrog. ad c. ut nem. lic. inempt. spec. se exc.* more suo eos titulos codicis, qui materiam militum pertractant, in desuetudinem abiisse perfricta fronte contendit: a quo asserto tam diu nobis dissidere liceat, usque dum abrogationem plenius docuerit. *l.* 27 *c. d. test. l.* 30. *c. d. appell. conf. const. Wormat. von denen Gottes-Laesteren t. i. ord. cam. p. i. t.* 57. *it. ord. jud. aul. t. Uebt die guten.* Maur. *libr. jur. comm. th.* 27. Imo multum interest, ll. illas usu parum frequentari, et illas abrogatas dicere; majoris vero prudentiae est, attendere, annon multa ad observantiam et usum iterum trahenda. Ac proinde omnino certum est, magnum errorem errari ab iis, qui putant, jus publicum a Justiniano proditum ad Germaniam penitus non pertinere. Licet enim concedendum sit, id eatenus verum esse, quatenus jus istud pertinet ad eam reipublicae romanae faciem, quae ea tempestate fuit, ac deinceps successu temporis esse desiit, in aliamque conversa est. Attamen contra ea fatendum, non pauca, quae ad jus publicum romani imperii veteris spectant, ab usu Germaniae non plane esse aliena, ita nempe instructa, ut non propriam habeant status veteris rationem, sed communem et consentaneam formae regum publicarum generali. Arthur. Duck. *d. cap.* 5. *aut. jur. civ. libr.* 1. Lauterbach. *concl. for. ex.* 1. *th.* 1.

§. 2. In nostra itaque dissertatione utroque oculo ad jus justinianeum respicientes inutilem laborem a nobis susceptum iri putamus, si prolixiores esse vellemus in iis enarrandis, quae in republica romana obtinuerunt, antequam monarchico imperio gubernari coeperit. Otium ex hac parte nobis fecit Vegetius atque Lipsius *in tr. d. mil. rom.* Nec non Joh. Ant. Valtrina *in tract. de re mil. Vet. rom. coloniae Agripp. anno* 1597. *edito.* Licet posterior saepius vestigiis Lipsii insistere videatur. Pacis saltem id notare liceat, Romanos veteres annis plus trecentis, sine stipendio aut aere publico meruisse, sed privato sumptu se alere necesse habuisse; qui mores perstiterunt usque dum Roma a Gallis capta sit. Liv. *l.* 4. Id quod etiam apud veteres Germanos in consuetudine fuit, quod Taciti testimonio comprobat dn. Strykius in disp. *d. mil. imp. c.* 1. §. 11. I tamen de Romanis non ita intelligendum, quasi eo tempore milites plane nihil ex publico acceperint, cum Dionysius Halicarn. contrarium potius doceat. τουτων δε πραθεντων δημοσια, τας κατ' ανδρα γενομενας εισφορας οι; ἑτταλλαν τους στρατιωτας, απαντες ἱκομισαντο. *Iis divenditis publice, collationes quae viritim factae erant in milites, eas omnes receperunt.* ex quo Lipsius non sine ratione dicit, frumenti distributionem eo tempore inter exercitum factam fuisse. *l.* 5. *dial.* 16. *p.* 174. Reliqua quae prolixius, si instituti ratio permitteret, hic loci deduci possent, benevoli lectores ex jam citatis auctoribus petere possunt.

§. 3. Rem ipsam quod attinet, idem fere per provisionem intelligimus, quod in codice nostro per annonas militares indigitatur. Confer. *tot. tit. c. d. ann.* licet nobis in latiori significatu veniat, et omnia militiae subsidia comprehendat. In jure non adeo frequenter vocabulum provisionis adhiberi deprehendi, cum unica saltem vice in *l.* 1. *c. sumpt. injunct. mun.* ejus mentio facta fuerit: *provisionis praesidis* In eodem quoque significatu apud Tacitum occurrit: *nullo rei frumentariae provisu ann.* 15. *c.* 8. Intelligimus itaque per provisionem militarem, quicquid victus aut amictus causa militibus ad conservationem suam erogatur. Hodie efferri solet per *proviant.* An vero per *fodrum* idem exprimatur, haud immerito disquiritur? Plerumque enim ad jumentorum cibaria restringitur in *l.* 3. §. 7. *ff. de poen. leg. jung. l.* 31. §. *fin. dig. d. don. int. vir. et uxor.* Unde quoque passim in cauponis Germaniae pro pabulo equorum usurpatur, quod testimonio suo firmat Hotomau. *d. verb. feud. voce fodrum.* Sixtin. *d. reg. l.* 2. *c.* 14. *n.* 3. Herm. *in fasc. jur. publ. c.* 27. *n.* 24. Nihilominus saepius latiorem quoque significatum admittit, ita ut frumentum hordeum, aliaque provisioni militum necessaria comprehendat. Dan. Otto *d. jur. publ. c. XI.* §. 15. Bocer. *d. regal. c.* 3. *n.* 212. Joh. a Köpp. *in decis. qu.* 57. *n.* 4. Id non est silentio praetereundum, olim annonas ciborum genera tantummodo sub se comprehendisse, ast vero seriore latinorum aetas sub hac voce pecuniam quoque et mercedem cum vestibus militaribus subintelligit. Lips. *d. mil. Rom. l.* 5. *dial.* 16.

§. 4. Nec vero provisio confundi debet cum *capito*,

cujus vocis vice plus simplici meminit codex theodosianus *vid. l. 7. et 9. cit. cod. de erog. milit. ann.* et licet me non lateat, dd. hoc vocabulum diversimode explicare, arrisit tamen mihi sententia Jacobi Gothofredi *in not. ad cit. leg.* qui voce capiti peculium jumentorum seu animalium indigitari putat. Conf. *l. 9. c. Theod. de numerar. et l. 1. d. domest.* quibus addatur *edict. Justin. 13 c. 3. vid. et l. 1. §. 5. c. d. offic. praef. praetor.* Multo minus vero impraesentiarum ad istam provisionem militarem attendere cupimus, quando nempe capitur pro extraordinaria quadam indictione et collectatione militari ad imperatoris expeditionem, quam felicissimam Numinis regalis expeditionem vocat, uti et hactenus illud jus inter regalia refert imperator Fridericus 2. *f.* 56. Nos vero, uti jam antea diximus, sub provisione id saltem intelligimus, quod sustentationi militum inservire possit.

§. 5. Antequam vero ulterius procedamus, pauca adducenda sunt, quae ad divisionem spectant. Dividi vero provisio satis commode poterit. (1.) in militarem et civilem; hanc modicam fuisse dicit Gothofr. *ad c. theod. l. II. d. erog. milit. ann.* utpote quae panem et oleum non excesit, militarem vero uberiorem longe fuisse, quae contineret haridum, vinum et obsonia *c. l.* Huc pertinet quoque ea annona quae in cod. theod. expeditionalis vocatur *l. 4. et 5. cit. cod. d. erog. milit. annon.* Ea vero nonnisi expeditionis tempore militibus praebebatur. Ammian. Marcell. *l. 28. p. 408.* Lamprid. *in Alex. Sever.* Quos cum aliis citatos deprehendere licet apud Jacob. Gothofr. *cod. theod. ad l. 5. d. erog. milit. ann.* (2.) In provisionem ordinariam sive solemnem, quae statu anni tempore fieri solet. Ita verbi gratia in Saxonia electorali per singulos propemodum menses aliquid contribuendum est, quod dicitur: *contribution zu Unterhaltung der Miliz*; et extraordinariam, quae ex improviso indicitur. confer. *l. 5. c. d. annon. et trib.* Cassiodor. *l. 9. var. c. x.* (3.) Ratione temporis in provisionem, quae fit in castris, et quae fit in hybernis, de quibus in sequentibus.

§. 6. Recte vero ad primam quasi legem reipublicae cura ad sustentandam militiam relata fuit ab Aristotele *l. 6. c. 8. libr. politic.* Quemadmodum enim, ut Perezii verbis utar, turpe est patrifamilias, si uxorem, liberos, famulos fame vexari sinat, ita et principi, si exercitui suo de annona non provideat *in comm. ad c. t. d. erog. milit. annon.* cum milites, qui a republica armantur et aluntur, solis utilitatibus publicis debeant occupari; hinc interdicitur ipsis, agrorum cultui et custodiae animalium vel mercimoniorum quaestui vacare; ut armorum quotidiano exercitio ad bella se praeparent, ut pulchre loquitur imperator Leo *in l. milites 15. c. de re milit.* Quid quod ipsa experientia satis comprobatum reddidit, intermissa hac cura maximam disciplinae militaris dissolutionem exoriri, inde enim direptiones, latrocinia, furta, extorsionesque proveniunt, quae omnia id efficiunt, ut totius disciplinae militaris nitor et gloria decoquere incipiat rec. imper. *d. anno* 1570. *tit. von Reuter-Bestallung §. und Dieweil.* Bodin. *l. 5. d. republ. c. 5.* Petr. Aerod. *l. 2. rer. judic. tit. d. re milit. §. 42.* Reinking. *de regim. eccles. et secul. l. 2. class. 3. cap. 5. n. 9.*

§. 7. Tales querelas veteribus Romanis inauditas fuisse testatur Lipsius *de re mil. rom. l. 5. d. 29.* J. Klock, *d. aer. t. 2. c. 149. §. 73. seqq.* Praecipuam rationem in eo fuisse quicquis facile fatebitur, quia omnem curam eo intendebant, ut militi nunquam deesset, ex quo vitam suam sustentaret, Vid. *nov. 149. c. 2.* Omnia vero in invitum cadere autumabant, nisi certos homines constituerent, qui annonae militaris curam accurate gererent. Minime vero confundi debent praefecti annonae civilis cum iis, qui militarem curarunt. Ad quosnam inspectio annonae civilis pertinuerint, et qualem potestatem habuerint, de eo vide sis *l. annonas civicas cod. theod. 8. et 9. d. ann. civ. et pan. grad.* ubi prolixius Jacob. Gothofr. haec omnia explicavit, hinc ad eum nos retulisse sufficiet. conf. Perez. *ad c. l. 1. tit. 42.* Quod vero ad eos attinet, qui militarem annonam in melius provehebant, ii dicebantur *susceptores et optiones.* Perez. *ad c. l. 1. t. 16. n. 24.* Veget. *d. milit. rom. l. 4. c. 7.* quibus pro salario et periculo, quod suscipiebant, erogandi magistrie militum et militibus suppeditatas annonas decima pars copiarum debebatur *nov. 130.* Veniunt quoque sub nomine opinatorum *in l. 7. c. theod. d. exact. tribut.* nec non subscribendariorum *l. XI. cod. theod. in f. de numerar.* Perquam erudite de hisce officialibus eorumque differentia egit vir de jurisprudentia immortaliter meritus Jacob. Gothofr. *ad l. 1. cod. theod. de erog. milit. ann.* Sub nomine procuratorum vero eos in jure nunquam indigitari observavit Godesc. Stew. *in com. ad l. 4. Veget. p. m.* 400. Hodie illi dicuntur proviant-*Meister* seu proviant-commissarii, quorum saepius in ordinationibus novis militaribus mentio fieri solet, v. *die Königl. Frantzösische Kriegs-Ordinance art.* 70. Quid vero in militia circulari hic observandum, et quibusnam officium providendi exercitui incumbit. recess. imp. *d. anno* 1555. §. 79.

§. 8. Si vero istiusmodi praefecti constituantur, cura non levis adhibenda est, ut tales eligantur, qui fideliter hoc munus suum obeant; ne vero aliquid praetermittamus, quid in jure civili hac ex parte prudentissime dispositum fuerit, dispiciendum erit ante omnia, quidnam praecesserit, antequam ad istud officium admissi fuerint. Ii enim, qui annonam militarem inter milites distribuebant, jubebantur juramentum praestare, se pro justitiae ratione injunctam sibi sollicitudinem peracturos et sua manu sine ullo dolo et fraude solatium publicum singulis militibus erogaturos esse; ut ipsa verba imperatoris Anastasii adducamus *l. jubemus c. d. erog. milit. annon.* Quod in imperio quoque approbatum est per rec. imper. *d. anno* 1544. §. *damit nun et d. anno* 1512. §. *Ich gelobe.* In militia circulari id observetur, ut duces circulorum principis dignitate fulgentes promittant, se circuli commoda pro viribus promoturos et quidem sub fide principali *bey ihren Fürstl. Würden und wahren Worten.* Comites vero aliique inferioris dignitatis juramentum solemne praestant. *rec. imp. 1555. §. 58. Nachdem.*

§. 9. Ne vero hi, qui ad annonarum exactionem mittebantur, pro cupidine et libidine sua graviter ex provinciarum visceribus eas eruerent, provisum fuit, ut deinceps ex manu quaestorum acciperentur *l. 11. c. d. erog. milit. ann.* Menoch. *rem. 15. recup. post. n. 450. seq.* Christ. *dec. 439. n. 13.* Deinde ipsi praefecti annonae solliciti esse debebant, ne forsitan saluti publicae

per neglectum rationum praejudicium inferretur. Hinc ipsos oportebat *pittacia* confiecere, seu erogationis brevia *Eine Krieges-Rolle*, quae ad sacra scrinia mittenda erant. *l. 5. c. d. erog. milit. annon.* Et id adeo rigorose sancitum erat, ut in iis exhibendis et justificandis morosi poenae subjicerentur. *l. 16. §. 6. c. d. erog. milit. ann.* Brunnem. *ad c. d. t. n.* 26. Si quid vero actuarii vel optiones a susceptoribus amplius, quam in imperatorum mandatis et brevibus continebatur, accepissent, duplum reddere compellebantur, *v. l. excellentia 9. c. d. erog. milit. annon.* conf. Corvin. *ad h. t.* Menoch. *l. 2. a. q. c. 55. n. 8.* Quae poena eo severius infligebatur, si expleto 30. dierum spatio dictas breves haud insinuassent, aut quicquam exinde in suum lucrum convertere haud erubuissent, ex propriis enim facultatibus damnum, omni excusatione rejecta, resarcire cogebantur. *j. d. l. 5. conf.* Brun. *ad h. t.* aut si erogare supersedissent *l. 24. c. theod.* nec non *nov. mart. 2.* quam allegatam deprehendere licet apud Gothofredum *c. theod. ad c. l. 24.* Idem quoque dispositum *ordin. gallic. milit. §. 26.* verba ita sunt concepta. *Die* proviant-*Meister oder diejenigen, so den* proviant *herbey schaffen, sind schuldig ihre Rechnungen mit den Abschrifften von dem* Marche *und denen Extracten zu bringen.* Nec in imperio plane negligentes sunt hujus sapientissimae provisionis, qui enim modus ex hac parte observari debet ex ipsis legibus publicis discendum erit; juxta quas rationes accepti et expensi imperii statibus reddendae sunt ac exhibendae. Sic vero in *r. j. spirensi de anno* 1529. §. *Und damit*, sancitum fuit. *Ob auch ihrer einer oder mehr auff zufallender ehehaffter Verhinderung nicht erschienen, oder sonst niemand von seinet wegen verordnet würde, so soll nicht desto weniger, die, so zugegen, in den allen unverhindert fortfahren, und forder aller ihrer Ausgebens, Einnehmens, auch sonst aller Handlung zu nechst künfftigen Reichs-Tag Chur-Fürsten, Fürsten und Staenden des Reichs darvon lautern und klare Rechnung thun.* Nec non in *r. j. Ratisbonensi de anno* 1541. §. *Und damit gemeiner Staende*, similia sanciuntur: *Auch soll der Pfenning-Meister in seinen Einnahmen und Ausgaben klare und auffrichtige Rechnung thun, und sonst alles das vollzie'en, was einem getreuen und frommen Pfenning Meister gebühret.* Add. *Ordnung des Regiments zu Augspurg d. anno* 1500. *tit. antepen. von des Reichs Regiment* it. *r. a. zu Nürnberg d. anno* 1577. §. *Und soll de mnach.* Alios ex r. j. textus legere potes apud dn. Praes. in disp. *de milit. imp. c* 4. §. 1. Aliquando vero imperatoris ministris et commissariis rationes accepti ex expensi militares redditas deprehendere licet. conf. *Reichs Absch. zu Erfurth. de anno* 1567. § *Nachdem sie etc. etc.* Fuisse tamen hoc negotium plane singulare de quo videsis dn. Praes. *in supr. cit. disp. all loc.* Oportebat autem libros rationum continere omnia susceptа et erogata; non autem confuse, sed sigillatim ac distincte describere debent species fructuum, redditus et quantitates pecuniarum, quas receperint, et a quibus, item exprimere quibus solverint et quo tempore. *l. 5. c. d. exact. tribut.* et in quos usus residua frumenta disperserint. *a. l. 4. c. d. suscept. praep.* Potest vero contra ipsos recusantes editionem librorum in litem jurari, cum praesumantur esse in dolo. Bald. *cons. 152. vol. 3.* Borellus *cons. 31. n. 24. et 26. cent. 1.*

§. 10. Praecipue vero interdicebatur praefectis aliquod familiare commercium colere cum provincialibus. *l. 11. c. de erog. milit. annon.* Occasione hujus legis observare non abs re erit emblema, a Tribuniano adjectum, cum addiderit quasi explicationis gratia, id est, *exactoribus militaribus annonae. l. 28. cod. theod.* Quam explicationem recte se habere evincitur ex Glossis Philoxeni: opinatur ὁ της στρατιωτικης ἀννωνης ἀ'πραντής. Gothofred. *ad c. theod. t. d. erog. milit. annon. ad l. alleg. j. l. 1. c. theod. d. excoct.* Ideo vero Arcadius et Honorius in d. lege interdixerunt commercium cum provincialibus, ut facilius ab eis totius debiti summa exigeretur et quam primum mitteretur. conf. *l. 7. c. d. exact. tribut.* Perez. *ad c. t. d. erog. milit. annon. n.* 8. Nulla quidem vestigia in novis ordinationibus militaribus deprehendere potui, quae dispositioni praesentis legis insisterent, nihilominus tamen optandum, ut optima ista provisio in usum reduceretur, cum experientia satis superque doceat; quid hodie nimia familiaritas, cum iis, qui ad substentationem militum quotas suas conferre debent, efficiat.

§. 11. Curam quoque praefecti annonae sollicite adhibere debebant, ut justo tempore annonae a provincialibus inferrentur. *l. 7. c. d. exact. tribut.* alias, ut supra jam dictum, satis severe in ipsos animadvertebatur, cum emolumenta, quae salarii nomine durante administratione perceperunt, reddere tenentur, ac omne damnum interesseque praestare, quod ob ejus negligentiam militia sensit *l. 10. c. d. annon. et trib.* Perez. *ad c. c. t. n.* 30. Huc spectat *art. 77. Des Hollaendischen Krieges Rechts. Wer den Soldaten weniger gibt als die Bezahlung, welche die Herrn Staaten verordnet haben, soll* cassirt *werden.* Si vero propter casum inopinatum annona vel pecunia inter milites distribuenda praesto non esset, actuarii de suo solebant praerogare annonam et quasi mutuo dare convento aliquo lucro vel interesse *l. 16. pr. c. d. erog. milit. ann.* Non obstat *nov. 106.* quasi foeneratitia negotiatio hoc casu subesset, quae tam inter militantes prohibita est. *l. an. c. neg. ne milit.* Sed non agitur hic de negotiatione universali vel quaestuaria, d. textu interdicta, sed de negotiatione particulari, quae certo casu licita est. Molinaeus *in tr. d. usur. n. 58.* conf. Gothofr. *in not. ad c. l. 16. litt. q.* Licet vero alias adaeratio in erogatione annonae locum invenire non possit; nihilominus tamen id licitum fit, si citra culpam susceptorum in natura annonae praestatio fieri nequeat *l. 13. et 15. c. de erog. milit. annon.* nec non ob alias justas causas id permittebatur. Brun. *ad c. t. d. erog. milit. ann. n.* 10. ne tamen aliqua fraus intercederet, taxatio prius a praefecto praetorio instituenda erat. *d. l.* 15. Idem propemodum satis clare repetitum esse videtur in edict. imp. *d. a.* 1661. Et ne militi praejudicium inferretur, placuit species restantes non aliter adaerari et pluris vendi, quam in foro publico distrahantur, veluti expresse sancitum in *l. 12. c. de erog. mil. ann. j. l. 8. c. de cohort. v.* Perez. *cod. l. 12. c. 39. n. 17. ad dd. ad l. 93. ff. ad l. falc.* Ac proinde ex hac lege dd. colligunt, quando de pretio rei lis sit, non id ex hujus vel illius aestimatione, sed ex usu fori publici esse dijudicandum. Mascc. *concl. 659. n.* 1. Christin. *decis. 140. n.* 10. Gard. Tu-

seh. *concl.* 12. *n.* 31. *l. u.* Quid nostro tempore in istiusmodi casu dispositum sit. vid. *Reuter-Bestall. art.* 4. *rec. imp. d. anno* 1542. §. 36. *ziemlichen-Pfenning. et de anno* 1598. §. 32. Qua taxatione facta, non licebat statutum pretium mutare; quod si enim, uti *l.* 13. *c.* loquitur, aliquis interclusam specierum exactionem refricare tentaverit, vel adseverationes statutas variare ausus fuerit, in centum auri libras ab imperatore condemnabatur et sacrilegii poenas incurrebat. Corv. *ad c. t. d. ergo. mil. ann.* Petr. Greg. Tholos. *in syntag. jur. l.* 36. *c.* 30. *num.* 16. add. Cuj. *ad c. h. t.*

§. 12. Quodsi forsitan, ne quid ex hac parte a nobis omittatur, corrumpi coeperint frumenta, praefecti nostri solliciti esse debent, ut invicem misceantur frumenta. *l.* 1. *c. de cond. in publ. horr.* quod alias prohibitum est, praecipue vero iis incumbit illico curare, apocham assignationis sibi fieri, ex qua constabit, quo titulo et in quem usum illata frumenta distributa sint. *l.* 6. *c. d. suscep. praep.* Perez. *ad c. c. t. n.* 12. Praeterea ut omnibus suspicionibus via praecluderetur, oportebat decem primates aut tribunos attestari, unumquemque militem a suo erogatore partem sibi debitam accepisse, quae gesta intra tres menses ad scrinium deferenda. *l.* 16. §. 5. *c. de erog. milit. ann.* Brunn. *ad c. h. l. n.* 32. Hinc si distulissent erogationem, eo ipso cingulo dignitatis privabantur et erogationis curam magister militum ad alium transferebat. *d. l.* 16. §. *hoc etiam.* Imo si iis super annona inter militem et actuarium exorta sit; ea summarie propositis sanctis evangeliis decidi jubetur vid. saepius allegat. *l.* 16. §. 1. *c. d. erog. mil. ann.*

§. 13. Breviter, antequam ad alia progrediamur, id adjicere lubet, istos praefectos atque susceptores plurima privilegia habuisse, ita enim filii ipsorum, in eorum, cum diem suum obiissent, locum succedebant. *l.* 5. *c. d. cohort.* Quod ex nulla alia ratione factum est, quam ut eos hoc modo ad majorem fidelitatem obstringerent. Corv. *ad c. t. d. cohort.* His et decima quinta pars copiarum dabatur. *nov.* 130. Sicut et aliarum rerum susceptoribus certam partem cedere deprehendimus. *l.* 9. *c. de suscept.* conf. Gothofr. *ad l.* 11. *c. d. erog. milit. annon. sub litt.* 4. nec non immunes erant, quo minus ad testimonium perhibendum compelli possent. *l.* 19. *ff. de testib.* conf. dn. Menk. patronus et praeceptor meus omni honoris cultu venerandus. *in tr. synopt. ad pand. t. d. testib.* pag. 332. Quibus privilegiis indigni judicabantur, si negligentes in officio esse coeperint *l.* 10. *c. d. ann. et tribut.* Menoch. *cons.* 263. *n.* 14. licet istiusmodi officiales non praesumantur esse negligentes. *l.* 2. *c. d. offic. civ. jud.* Mascard. *d. probat. conc.* 1093. Menoch. 1205. n. 48.

§. 14. Cum itaque de iis in §. praecedentibus egerimus, qui curam provisionis in se susceperunt; jam satis commode quaeritur, quisnam ad provisionem militarem contribuere debet? Regulariter vero omnes ad onus istud ferendum adstricti sunt; cum enim in subditorum salutem a principe bella gerantur, aequitatis quoque est, ut in mediis ad finem belli obtinendum spectantibus suppeditandis non difficiles sint. *c. non debet* 22. *d. regul. in* 6. Onus enim, quod omnes tangit, ab omnibus est sufferendum. *c. si compromissarii.* §. *porro de elect. in* 6. *l.* 52. *c. d.* Decur. Ubi dicitur: non debere unum aliquem solum gravari oneroso munere, si et alii suppetant. Quod tamen saltem ad supremam necessitatem et reipublicae salutem atque tutelam restringendum est. vid. Grot. *d. jur. bell. et pac. l.* 2. *c.* 2. *n.* 6. *seq.* Nulla enim in re majus principes populorum incurrant odium, quam si eos nimis gravare coeperint oneribus. fac. nov. 130. in praefat. Quapropter quoque in dignitate constituti non sunt immunes: *Dass sie nicht zur* Miliz *das ihrige* contribuiren. Ab oneribus enim istiusmodi nulla excusare solet dignitas *l. obsistere.* 9. *et* 5. *c. d. annon. et tribut.* Gail. *l.* 2. *obs.* 52. *n.* 11. Enenck. *d. privilég.* Nec adversatur nostrae sententiae. *l. maximarum c. de excus. min.* utpote quae loquitur tantum de personalibus et sordidis. Brun. *ad c. t. d. ann. et tribut. ad l.* 9. Secus tamen sentiendum de nobilium bonis, ex quibus servitia equestria solvunt. Mev. *part.* 4. *dec.* 106. Tiraquell. *d. nobil. c.* 20. *n.* 165. *seqq.* vid. Autor. *Des rechtlichen Bedenchens über die Frage, ob die von Ritterschaft wegen ihres Adelstandes einige* privilegia *vor andern Land Staenden, sonderlich denen von Staedten* in contributionibus *zu* praetendiren? Quaestio hic haut incommode instituenda. An servitia feudalia, *Die Ritter-Pferde* in natura aut pretio interveniente praestari debeant? Regulariter vero omnino statuendum est, in natura sisti debere; cum aliud pro alio non sit solvendum. Dn. Stryck. *exam. jur. feud. c.* 18. *q.* 26. nisi necessitas reipublicae id exigat. Rosenth. *c.* 8. *conel.* 23. *n.* 13. *lit. g.* aut dominus directus pretio acquiescere velit, qui si praesupponitur, debent solvere certam pecuniariam indictionem, quae nomine hostenditharium. German. *Herren Steure* insignitur 2. *f.* 40. *j.* 2. *f.* 54. ibi indictae. Itter. *d. feud. imp. c.* 21. *l.* 1. *sequ.* Rittersh. *in p. i. f. l.* 2. *c.* 1. *qu.* 31. *seq.* Matth. de Afflict. *dec.* 252. *n.* 3. In provinciis Saxoniae elect. vassalli pecunia certa servitia militaria redimere solent, quae pensio donativum aut Praesent-*Gelder* nuncupatur conf. *dec. elect. nov.* 31. Sed quid in circulis in hoc puncto in usu sit, apparet ex recessu circulari bilefeldensi *d. a.* 1682. Ubi liberum relinquitur statibus *Ihr contingent an Mannschafft oder am Geldt zu liefern.* Quid olim obtinuerit, cognoscere licet ex *rec. imp.* 1522. *t.* 9. *und was sie zu.* Nec non *r. j.* 1555. §. *ferner* 79. add. disp. dn. Praesid. *de milit. circ. c.* 1. §. 11.

§. 15. Nec forenses a collatione ad provisionem immunes sunt. *l. un. c. d. vacat. mun. publ.* Steph. Bertrand. *vol.* 3. *cons.* 57. Carpz. *l.* 4. *r.* 42. *n.* 8. Rosenth. *d. feud. c.* 5. *conc.* 80. inprimis si in libro aestimi seu catastro civitatis descripti sint. Mev. *part.* 8. *d.* 96. *n.* 1. Myns. *l.* 5. *o.* 22. Per catastrationem enim quasi contrahitur obligatio personalis et realis *l.* 4. *c. d. agric. et cens.* Richt. *dec.* 70. *n.* 49. ubi *praejud.* nec ii quidem pro exemptis haberi possunt, qui rescriptum a principe consequuti sunt. *l.* 6. *c. d. ann. l.* 3 *c. d. prec. imper. off.* Quod tamen limitari debet, nisi princeps clausulam: *ex certa scientia*, addiderit. Perez. *ad c. c. t. d. annon. n.* 31. conf. Brunn. *ad l.* 4. *et* 6. Hodie vero in imperio a domino ratione territorii sui immunitas concedi potest *j. p. o. et m. a.* 8. §. 1. *l. un. c. d. his. qui a principe vacat.* add. Ziegl. *d. jur. maj. l.* 2. *c.* 2. §. 44. 45. Multominus vero magistratus

municipalis aliquem eximere potest. Menck. *in tabb. ad pand. t. d. jur. immun.* licet dissentiat Zahn. *ichnograph. mun.* 165. Non obsistit. *l.* 1. *c. d. decret. decur. sub immun.* utpote quae singulare privilegium ordini municipali concessum refert. Dn. Menck. *c. loc.* Quod si notarii falsum instrumentum immunitatis a provisione militari conscripserint, flammae supplicio afficiendi sunt *l.* 1. *c. d. immun. nem. conc.* conf. Brunn. *ad h. l. n.* 1. Quae poena licet hodie ab usu recesserit, alia tamen satis gravi coercendi veniunt. *l.* 2. *ff. ad l. jul. majest.* Menoch. *l.* 2. *arbitr. j. q.* 582. *n.* 2. Quomodo vero haeredes post mortem debitoris ad satisfaciendum obligati sint, apparet *ex l.* 7. *ff. d. publ.* Klock. *d. contrib. c.* 2. *n.* 180. Quid vero de consuetudine statuendum? An ea ab oneribus militaribus immunitatem inducere potest? Quod asserendum putamus nisi auctoritate r. i. *d. ann.* 1442. §. *Wie wohl in den jüngsten* ibi: *Alten Gebrauch nach christ. dec.* 141. *n.* 4. Georg. Mundius *d. muner. et honor. c.* 6. *num.* 78.

§. 16. An vero clerici et personae ecclesiasticae immunes esse debent? hic disquirendum erit. Cum vero illae exclusae sint ab omni onere occasione bellorum imposito per *instr. pac. Osnabr. art.* 7. hoc privilegio quoque frui debent, ne, si ejusmodi oneribus graventur, dignitas sacerdotum exempta confundatur, uti loquitur imperator in *l.* 7. *c. d. episc. et cler.* add. *l. ult. c. d. excus. mun.* Carpz. *constit. l.* 1. *t.* 7. *dec.* 123. add. *churfl. Sachs. Kirchen-Ordnung t. von immunitaeten* §. *darneben sollen.* Quos propterea etiam specialiter excepit serenissi. elect. Saxon. Joh. Georg. IV. *in ord. milit.* Hoc vero tum non procederet, si dominus territorii specialiter constituerat, ut ne quidem personae ab hisce et similibus oneribus alias privilegiatae hoc casu sint exemptae, veluti apparet ex potentissimi polon. reg. Frid. August. *rescripto sub dato in Kayser Carls Bad. d.* 20. *maji.* 1695. Nec minus se oneri huic subjicere debent, si maxima urgeat necessitas, ita ut laici soli impares sint impensis ex exsolvendis *c.* 4. *et* 7. *x. d. immun. eccles.* ibique Gonzalez. Zellez. j. Mev. 7. *decis.* 144. *n.* 3. *seqq.* Alias limitationes prolixe deductas vide apud excellent. Wildvogelium in *disp. d. Salgamo. c.* 2. §. 18. 19. *seqq.* Plura quidem de personis hic loci monenda essent, cum vero in sequent. cap. ex instituto has quaestiones ventilare animus sit, lectorem eo ablegare volumus, ubi, quid de professoribus, creditoribus antichreticis aliisque personis hac ex parte statuendum sit, occupati erimus.

§. 17. Sed quisnam ad militiam imperii ea suppeditat, quibus necessaria provisio fit? Eam vero curam imperatoris et statuum esse, extra controversiam positum est. Legi hic loci merentur verba ex recessu imperii wormatiensi de anno 1521. Item *haben*. Verba sic se habent: *Haben wir ihnen den Staenden, und sie wiederum mit uns vertragen und vereiniget, dass einen Reysigen in diesen Zug den Monath nicht über zehen Gülden auff sein Pferd, und einen Fuss-Knecht nicht über* 4. *Reinische Gülden für Sold, Kost und Schaden gegeben werden sollen.* Cum qua amice conspirat *R. A. zu Regenspurg de anno* 1551. §. *und haben wir.* Nec non *R. A zu Augspurg. de anno* 1566. §. *und haben.* Licet nonnunquam statuum tantum mentio injiciatur, cujus rei exemplum adduci potest ex R. I. *zu Augspurg de anno* 1530. *Fürsten haben sich.* add. *R. A. zu Speyer de anno* 1544. §. *Und wiewohl.* Ac proinde civitates quoque imperiales ratam suam conferre tenentur; multa notatu digna colligere licet ex Londorpii *tom. V. act. publ. fol.* 17. Ibi de inopia sua, ad quam redactae essent, conquerentur; ad tamen plane a contributione se eximant, pollicentur, se tantum ad exercitum conferre velle, in quantum praesens rerum suarum status id permitteret. vid. etiam *Der Chur-Fürsten und Staende des Reichs mehrmalig überreichtes Gutachten* in puncto militiae et contributionis *an Ihro Kayserl. Majestaet.* Dn. Praes. *in disp. d. milit. imp. c.* 4. §. 6. Quid vero si status contumaces sint, quo minus mittant suam quotam; *Ihr* contingent? post binam denunciationem citandi sunt ad dicendam rationem, quo facto si persistant in contumacia, ipsos sumptus et damna solvere oportet, et insuper duplum loco poenae *in die* Kriegs-Casse. vid. *conclus. imp. von der verbesserten executions-Ordnung. de anno* 1670. *c. XX.* Conf. hic iterum supra laudata disput. *de milit. circul. cap.* 4. §. 6.

§. 18. Cum ergo constet, et quinam provisioni militari procurandae praesint, et a quibus in eum finem aliquid conferri debeat, nunc accuratius quoque disquirere licet, quibusnam provisio ista competat. Militibus de ea prospiciendum esse, certum est, qui in numerum militum relati fuere. *l.* 42. *ff. de testam. milit.* An vero voluntarii milites eodem beneficio fruantur, sub incudem disputationis haut immerito revocandum? Multi et quidem gravissimae auctoritatis dd. hic contrariam sententiam amplectuntur ex sequentibus rationibus, quia nimirum 1.) isti voluntarii milites cum tyronibus comparandi sunt, qui militis nomine haut venire solent. *l.* 42. *ff. de testam. milit.* quibus 2.) accedit, quod plerumque tales onerosi reipublicae esse soleant, nec unquam matriculae militari inserti fuerint. Carolus a Mansfeld. *mag. milit. tr.* 2. *p.* 2. *cap. un.* §. 8. hinc quoque 3.) tempore nostro satis rigorose interdictum fuit, ne istiusmodi homines se immiscerent. vid: *Königliche Majestaet in Dennemack Kriegs-Articul-Brief* Christian IV. *Bey keiner* compagnie *sollen einige* volunteurs *Pferde oder Volck, als gemustert und in Dienste ist, zugelassen werden.* Sed his non obstantibus omnino voluntariis idem privilegium tribuendum esse persuasus sum, cum non modo utilia officia saepius reipublicae praestent, sed etiam sub nomine militum veniant. Petr. Gregor. Tholos. *in syntagm. jur. univ. l.* 19. *c.* 3. *n.* 23. praesertim cum in imperio quoque id sancitum sit, ne excludantur. vid. *Reuter-Bestallung Maxim. II. de anno* 1670. §. 39. et novissime *die* disciplin-*Puncten welche von des Herrn* general *Lieutenants Marggrafen zu Baden Hoch Fürstlich Durchl. verfasset, und bey der* Milit *am Rhein* publicirt *worden.* apud. Sebast. *Gruben in seiner heutigen Kriegs-*Disciplin *p.* 2. *p.* 50. *Dergleichen samlen alle* fouragirer *von den* general *Stab* commissorial, proviant, volontairen *und andern ausser denen Regimentern stehenden Soldaten in Kriegs Dienste, welche nach der* artollerie *in* fouragiren *sich gleichfals* reguliren *sollen.* Absentibus vero provisionem non deberi, satis luculenter exinde constat, quia nemini licitum erat tempore expeditionis discedere, ita ut ii quoque, qui militibus licentiam

discedendi Germ. *einen Pass.* concedebant, graviter punirentur, *l. 1. c. d. comment.* Si vero eo tempore id fiat, quo ipsorum usus non adeo necessarius est, omnino pro praesentibus haberi debent *l. 1. ff. de re milit. l. 9. c. d. proxim. sacror. serin.* Modo tempus commeatus non excedant. *l. 3. §. si ad diem l. 14. in pr. ff. de re milit.* Petr. Surd. *cons. 42. n. 2. seqq.* Cum istis consentit *ordin. gallic. militar. §. 109. Das die Lebens Mittel sollen gegeben werden denen so gegenwaertig und* effective *auf den Fuss.* j. elect. Brand. *edict. mil. §. 4.* Ita quoque militibus aegris et adversa valetudine laborantibus id non denegari potest *a. l. 4. §. 5. ff. d. stat. liberos* abb. in *c. l. x. d. cler. aegrot.* Benigne de hoc casu disposuit Ferdinand. *in art. Briefe §. 68.* Verb. *oder sonst. kranck werde, soll seine Leibes-Besoldung doch ihren Fortgang haben.*

§. 19. Domesticis et protectoribus, qui hodie comparantur cum iis, qui germanice dicuntur: *Die Leib-Gurde*; eadem provisio, sicuti aliis militibus debetur, cum enim vitam suam bellicis periculis exponant, iniquum esset, si quoque non iisdem privilegiis gauderent; spectant huc tituli *cod. d. domest. et protect. de castrens. et ministerian.* Nec non huc referri debent *die* cadets, grand-Mousquetairs, quorum nomina hodie satis superque nota sunt. conf. Perez. *in c. t. de domest. et prot. n. 1.*

§. 20. Quid vero? an iis quoque debetur provisio, qui ab uno numero ad alium transferuntur? expresse id negatur *in l. 14. c. d. re milit.* nisi consensus principis accedat. *c. 5. x. d. translat.* quia honoris augmentum non ambitione sed labore quaerendum. Christin. *dec. 136. n. 4.* Brunn. ad *c. t. d. re mil. n. 4. et 5.* ac proinde quoque a provisione exsulare debere statuendum; licet vero hoc hodie non amplius attendatur, prout ostendit dn. Praes. *in annot. mann. ad tit. 36. qu. 4. mem. cod.* Brunnem. hanc rationem subjicions: *indem sie nunmehr bey allen Regimentern gleiche* exercitia *haben.* Nihilominus tamen ex hac parte omnibus fraudibus via praecludenda est, cum saepius accidere soleat, ut unus duplicem personam repraesentare, ac proinde duplex stipendium duplicemque provisionem accipere velit. Quemadmodum enim in spirituali militia non licet uni habere duas praebendas *cap. 7. §. 14. x. de praebendis.* Christ. *decis. 134. n. 25. seqq.* Ita quoque in legibus justinianeis technis istis obviam itum fuit in *l. 5. c. qui militar. poss. vel non: verb. interdicendis in commune cunctis binis pluribusve militibus. j. l. ult. c. c. tit.* Optime huc referri possunt verba Livii: *Unus duos simul magistratus praesertim Curules gerere aut administrare non potest. lib. 12.* Quae cum ita sint; nec provisionem praetendere possunt, quod expressis verbis constitutum fuit *in der Königlichen Französischen Krieg-Ordinance* hisce verbis §. 7. *Demnach die Verpflegung einzig und allein zu Unterhaltung der Soldaten, und nicht, dass die Officirer und Knechte einigen Gewinn damit treiben sollen, angesehen ist: so wollen seine Königliche Majestaet, dass kein* officirer *für sich und seine Pferde mehr Verpffegung nehme, als in Ansehung einer* Charge, *wenn er auch gleich viel* chargen *haette, bey Straffe, so diejenigen verdienen, welche andern unbilliger Weise abdringen und abpressen etc.* Praecipue vero cavendum est a ducibus militaribus, ne animo stipendia militum intercipiendi alios ad numerum explendum surrogent, qui vero milites non sunt. Audiant potius, quid statuat Justinianus *in l. fin. §. unumquemque c. d. offic. praef. praet. afr. magis enim debent duces et tribuni supra deputatu sibi emolumenta secundum labores suos de nostra largitate remunerationem sperare, et non de commeatu militum vel de eorum stipendiis sibi lucrum acquirere.* Germ. *Dass sie bey der* compagnie *keine Blinden haben sollen.* Satis gravem poenam dictatam deprehendimus ab imperatore Maximiliano *art. 47. 48. et 49.* articul-*Briefe· Es soll in der Musterung ein jeder bey seinen rechten Tauff-und Zunahmen auch die Stadt, darinnen oder dabey er am nechsten gebohren ist, nennon, und einschreiben lassen. Es soll keiner Vortheil oder Betrug gebrauchen und jemand dazu helffen rathen oder fördern, damit wir und das Heilige Reich mit unbilligen und unzulaessigen Soldt nicht beschwehret und betrogen werden, wie das beschehen mag oder kan, bey jedes Eydt oder Pflichten.* Huc quoque pertinet, *Churfurstliche Durchl. zu Sachsen,* articul *Brief. art 31. Es soll sich in der Musterung* addat. *das Churfüstliche Brandenburgische Krieges-Recht: tit. 16. art. 79.* Quaenam poenae hoc scelere admisso cum ducibus bellicis tum militibus ad numerum explendum surrogatis *denen Blinden* infligenda veniat, constat ex supra *cit. ord. gall. milit. §. 51. Weiln auch etc.* Cui adde jus milit. *suec. t. 20. von der Musterung art. 91. et seq. Holland:* Kr. *ord. art. 69. et seqq.* conf. Fritsch. *exerc. 5. d. delict. milit. §. 56.*

§. 21. Non abs re fore puto, cum quaestio hic loci instituatur; quid tunc obtinere debeat si forte fortuna miles, antequam annonam sibi debitam acceperit, diem suum obierit? Hic videtur quidem primo intuitu respondendum esse, haeredes eam non praetendere posse, cum favor militiae non possit egredi personam; cessantibus vero officiis militaribus, cessare quoque debent emolumenta; accedit, si miles sibi debitam provisionem elapso anno per negligentiam non petiisset: id postea illi non concedebatur petere sed fisci commodis vindicabatur. *l. fortissimi 6. c. d. erog. milit. ann.* Quicquid tamen sit, morientе milite omnes pecuniae, quae mortuo in eum usque diem debentur, haeredi persolvendae secundum divalem constitutionem. *l. jubemus 16. c. eod. j. l. 14. ibid.* Quapropter quoque necesse erat, ut ab haeredibus judicia (proba vocabant) exhiberentur. conf. Godesc. Stewec. *Comment. ad l. 3.* Veger. *p. 257.* ubi sequens Ammiani locus allegatus fuit: *annonae militaris offerebantur judicia, ut ipsi nominant proba et animalia publica monstrabantur. l. 12. sub fin.* Sed a quonam accipiebant illa judicia? ab iis, nisi opinio me fallit, qui rationes militum tractabant; quos Vegetius librarios vocat *l. 2. c. 7.* Actuarios appellant imperatores in *l. 16. c. d. erog. milit. annon.* Ceterum militum nomen non mereri, calones, pueros et reliquum genus, fruges consumere natum, hinc nec annonas iis praeberi deberi, cum a militia amandari debeant, prolixius demonstrabitur alia occasione.

§. 22. Haec de iis, qui curam gerunt provisionis, nec non, quibus ea debetur, jam despiciendum erit, quid nam sub nomine hoc praeberi debeat. Sane militi romano praeter necessitatem nihil quicquam tributum esse, evincunt ea, quae adducit Perez. *ad cod.*

t. d. erog. an. mil. n. 2. 3. Omnia huc pertinentia quasi uno adspectu sistere nititur Fronsberg. *in der Kriegs-Ordnung. l.* 5. Operae pretium quoque erit adire *die Französische Verpflegung und March-Ordnung, art.* 1. 2. *et seqq.* add. *art.* 4. *der Reuter Bestallung* conf. disp. *d. trans. mil.* dn. Praes. *membr.* 2. *sect.* 4. *num.* 12. Prius vero notandum erit, prudenter in jure civili prospectum esse, ut milites in accipienda annona modesti sint, citra querelam enim provincialium ali debent, nihilque praeter legitima stipendia exigendum est. *nov.* 130. hinc coenaticorum nomine milites nihil penitus a provincialibus accipere debebant; illis enim oportebat commoda sua, quae in annonarum perceptione adipiscuntur, accipientes extrinsecus detrimentis neminem afficere, veluti expresse sancitum in *l.* 3. *c. d. erog. mil. ann.* Hoc probe contra milites nostri temporis notandum putat Christin. *v.* 5. *dec.* 193. *n.* 10. *et* Perez. *ad c. d. erog. n.* 10. quippe qui omnes humanitatis leges transiliunt. Lucas de Penna *ad l.* 5. *et* 6. *c. d. t.* Rol. a Vall. Vol. 1. *cons.* 66. *n.* 2. 10. 58. *seq.* Idem quoque Penna *ad l.* 5. *c. d. met. et epid.* scribit, hasce leges valde quidem esse pulchras et bonas, sed ob neglectum justitiae et militum nostrorum nequitiam male servari. Sed haud immerito Manzius ad haec verba Pennae exclamavit: *o bone Penna, quid scripsisset tua penna, si modernos vidisses milites, qui extorquent, non petunt.* etc. Thesaur. *l.* 1. *qu. for.* 93. *n.* 11. *p. m.* 481. Sed quid consilii, ut ex hac parte impetus isti effrenes cohibeantur? puto vero optime medelam afferri posse, si attendamus ad modum, quo militem suum romani aluerint. Quemadmodum vero sub verbo victus ex Ulpiani interpretatione. *l.* 43. *ff. v. s.* Continentur non tantum quae esui potuique inserviunt, quaeque ad vivendum homini necessaria sunt, sed vestes etiam et cetera, quibus tuendi corporis nostri gratia utimur. *l.* 44. *ff. d. v. s.* vid. Paul. de Citadinis *de jure patron. p.* 6. *art.* 4. *n.* 10. conf. Joh. Goeddaeus *ad d. l.* 44. *ff. d. v. s.* Ita etiam militibus de his omnibus provideri debet *l.* 1. *c. Theod. d. vest. militar.* Quapropter annonarum appellatione venire vestes, notat Jacob. Gothofr. *ad d. l.* 1. *c. Theod.* Militarium vestium meminit et Vegetius *l.* 2. *c.* 19. *Nec aliquibus*, inquit, *milites instituti deputabantur obsequiis, nec privata iisdem negotia mandabantur, siquidem incongruum videbatur imperatoris militem qui veste et annona publica pascebatur, utilitatibus vacare privatis.* Quaeritur, an quoque arma ad provisionem pertineant? Quod affirmandum omnino, cum militia consistere nequeat, nisi miles armis instructus fuerit. Quemadmodum enim libri studiosorum victus nomine contineantur, ut ex hac ratione a gabella immunes habeantur. Ziegl. *d. jur. maj. l.* 2. *c.* 9. §. 3. Licet contrariam sententiam tueatur Regner. Sixtin. *de regal. l.* 2. *c.* 6. *n.* 134. Ita quoque decidendum est ratione armorum militum, quae olim militiae adeo propria fuere, ut Justinianus contra *l.* 2. *ff. ad l. jul. d. vi public.* privatis usum armorum interdixerit per nov. LXXXV. ita ut et fabricenses, qui arma publico armentario non inferrent, sed intra privatos distraherent, suppliciis subjici, et emptoribus sine refusione pretii arma auferri, publicoque vindicare juberet. vid. dn. Tabor. *d. jur. armor. c.* 2. Vestes vero militi deberi extra controversiam positum est, et satis egregie hac ex parte prospexit *tot. tit. c. de vest. militar.* Ut vero illae vestes suppeditarentur, hoc intuitu certus canon inferebatur *l.* 1. *c. tit.* et fortissimis militibus pro ea pretium nonnunquam solvebatur. *l.* 3. *et* 4. *c. eod. ibid.* Cujac. Licet vero olim militibus vestes darentur sine stipendiorum diminutione. vid. Plutarch. *in vit. Grach.* hoc tamen hodie aliter obtinet, cum eas a praefectis militum comparari et ipsis in stipendium imputari videas, id quod bona fide faciendum, ut reliquum necessariis alimentis sufficiat, monitum fuit a Feltmann. *resp. milit.* 4. *n.* 29. qui citatus a dn. Menck. *in tabul. synopt. ad ff. t. d. re milit.* In imperio ex hac parte nihil intermissum est, quod belli administrationi praejudicium adferre posset, cum lege publica cautum sit, ut miles bene vestitus et rebus omnibus ad bellum necessariis instructus sistatur. *a l.* 18. *ff. d. oper. libert. Reichs-Abschied zu Augspurg de anno* 1530. §. *Demnach soll sich jeder Chur Fürst, Fürst und Stand, mit seiner Anzahl Kriegs Volck zu Ross und Fuss mittler Zeit also und dermassen geschickt und bereit machen: dass er alsdann sein Kriegs-Volck, wie oben gemeldet, wohl gerustet auff Zeit und Wahlstatt, so durch den Obersten Hauptmann und Kriegs-Rathe ernannt werden, unverzüglich schicken, und derhalben an ihm kein Mangel oder Saeumniss erscheinen lasse.* Conf. *Reichs-Absch. zu Speyr. d. an.* 1542. §. *Wann nun aber etc.*

§. 23. Ut vero omnibus militum quaerelis occasio praecluderetur; opera adhibebatur, ne in portione debita ipsis assignanda mora necteretur, propterea militibus nonnunquam solatii loco aliqua pecunia stipendio imputanda praerogabatur. *l.* 16. *c. d. erog. milit. ann. l.* 1. *c. de re militar.* Actuarius eam tempore erogationis recipiebat, et ex pacto in singulos solidos tremissem i. e. solidi partem tertiam loco interesse pacisci licebat. Corvin. *ad cod. d. t.* Imo fiebat hujus militaris annonae distributio secundum praescriptum dierum ordinem *l.* 1. *c. t.* et quidem per capita *l.* 6. *c. t.* sed nostro quoque tempore salubres sanctiones prostant, ut justo tempore militibus stipendia solvantur ne vero ii, qui praerogationem faciunt, damnum subeant; sereniss. elect. Brandenb. *in jure milit. art.* 83. ita disposuit: *der seinen Reutern und Soldaten etwas fürstrecket, und die Bezahlung wieder begehret, der soll es unsern* commissarien *anmelden, die die Schuld also abziehen sollen, dass der Soldate gleichwohl Unterhalt habe, und unsere Dienste nicht gehindert werden*; idem quoque expressum fuit *in den Schwedischen Krieges-Recht art.* 104. Bene itaque a Joh. Jovian. Contano *l.* 5. *d. obedient cap. fin. p. m.* 90. dictum fuit, tria praecipue esse, quae militem ad servitia militaria ineptum imo rebellem redderent. 1) si duces negligentes disciplinae militaris existerent. 2) si milites otio torpere sinerent. Praecipue vero 3) si ipsis stipendia justo tempore non solverentur; hinc enim proficisci furta, latrocinia et homicidia. Nihilominus tamen sedulo cavebatur, ne milites hac benignitate abuti inciperent, cum nulli eorum pro annonis, quae in provincia delegabantur, repudiata ad tempus specierum copia et inopiae occasione captata, pretia liceat postulare, ita ut si quis propter annonae abundantiam suscipere oblata neglexerit, et postea impositis pro necessitate rerum pretiis repudiata taxaverit, neque

id, quod contra legem expetit, exigere neque id, quod assimulaverit accipere, consequi ipsi liceat, prout verba habent *in l. 7. c. d. erog. milit. annon.* ubi Gothofr. *lit. k.*

§. 24. Sed quid an liceat militi pro annona assignata pecuniam exigere, quod adaerationis nomine juri cognitum? Respondere nobis licet ex jam antea allegata *l. 7. c. d. erog. mil. ann.* in negativam sententiam; rationem hujus asserti allegare non adeo difficile erit, cum non tantum favor provincialium, quibus ut plurimum annonae quam paratae pecuniae, quam nemo in promptu habere praesumitur *a. l. 2. c. de usur. rei jud.* facilior praestatio dn. Stryk. *in dissert. d. trans. mil. m. 2. §. 4. n. 11.* Sed ipsorum quoque militum emolumentum id suadere videtur, ne post annonam repudiatam pecunia profusa, utroque demum destituti rapaces incolarum bonis immittant manus, vel egestate enerventur. Purger. *obs. j. p. mil. c. 1. ob. 72.* et Petr. Surdus. *t. 4. qu. 7. n. 1. et seq* conf. Jacob. Gothofr. *ad l. 5. c. theod. de vest. milit. n. 1.* De Galba quoque memorat Svetonius *cap. 7.* inter severitatis ejus exempla: *militi, qui per expeditionem annona arctissima residuum cibariorum tritici modium centum denariis vendidisse arguebatur, vetuit, simul atque indigere cibo coepisset, a quo quam opem ferri, et is fame extabuit.* Confirmant mentem meam verba *articuli 1. Der Frantzösischen Krieges-Ordinance de anno 1665. Es verbieten ihre Konigliche Majestaet allen ihren Kriegs Bedienten den ihnen gelieferten* Proviant *zuverkauffen oder sonst zu vereussern und zwar den* Officirern *bey Straffe der Cassirung und degradirung, den Soldaten aber zu Rosse und Fussbey Straffe der* Galern, *wohin sie so fort geschickt werden sollen.* Nec minus illis quoque poena infligenda erat, qui annonam emere sustinebant a milite, ita ut si quis hoc fecerit, qui esset honestioris fortunae, bonorum confiscatione mulctaretur, sin abjectioris, capitali supplicio afficeretur, uti ex uno et altero testimonio probare nititur Corvin. *ad cod. t. d. erog. milit. ann.* huc spectat tenor sequentium verborum, *Der Königlich Französischen Krieges Ordinance cit. loc. So soll auch der, welcher den* Proviant *verkauffen würde, so fort 1000. Französische Gulden Straffe geben, und der Bürger, welcher den* Proviant *gekaufft, zum erstenmal in das Hals-Eisen, zum sweyten mal ausgestrichen werden etc.* Si vero necessitate urgentissima id exigente pretium loco annonae solvendum sit, ea a praefecto praetorio taxanda erat. *l. 15. cod. d. erog. mil. ann.* Brunn. *c. l.* Imo ad eum modum adaeratio fieri jubetur, quo species in foro distrahuntur publice *l. 12. c. d. erog. milit.* vid. Perez. *c. l. 12. t. 38. n. 17.* add. *dd. ad l. 63. ff. a d l. falcid.*

§. 25. Istud vero intactum nullo modo praetermittere possumus, quod miles ea, quae sustentationi ipsius inserviebant, non propria auctoritate arripere deberet, sed eum expectare oporteret, usque dum necessaria vitae subsidia ipsi porrigerentur. Hinc eo casu non modo duplum extorquens restituere jubebatur. *c. 3. et 5. nov. 130.* sed et propria auctoritate effrontem repellere licebat. Tholos. *de rep. l. 11. c. 7. n. 41.* nec adversatur huic asserto. *l. 14. c. d. Judae. 15.* quae vindictam privatam cohibitam cupit. *l. 5. c. d. injur. l. un. c. de famos. libellis.* j. ord. crimin. *art. 110. Covarr. var. res. l. 1. c. 11. n. 7. Mevius part. III. decis. 357. Sand. l. 5. t. 8. d. 6.* cum vindicta privata, auctoritate publica concessa contra legem minime impingat. *l. 29. §. 1. ff. ad l. aquil. j. l. 22. ad l. jul. d. adult.* praesertim cum jus naturae quoque libertatem concedat, injustam vim continuo a se propulsandi. *l. 7. §. 2. ff. quod 6. aut clam. l. 3. ff. d. just. et jur. tusch. l. II. cap. 213.* Nec enim crimen aliquod pertimescat, cum sibi ultionis suae arbitrium sciat esse concessum *l. 5. c. d. metat. j. l. 5. c. d. execut. et exact.* Nihilominus propriae auctoritati militum aliquid indulgendum esse existimo, si dolo aut ignavia magistratus loci milites non invenerint annonam, quod tamen sub hac restrictione dn. Strycb. in saepius laudat. dissert. *d. trans. milit. m. 2. §. 4. n. 10.* tantummodo admittit: *Ut hoc casu non singulorum res involent, sed potius manus ad universitatis bona extendant. arg. l. 1. §. quod si ff. quod cuj. univer. nom.* Baldus *vol. 5. cons. 410.* Id quod serenissimus elector Brandenburgicus intendisse videtur, cum *in art. 8. Der Churfürstl. Brandenburgischen March. Ordnung* his verbis usus fuerit: *Dass daran kein Mangel sey.* Notatu digna sunt verba, quibus milites ad modestiam adhibendam sedulo admonentur *In den Obersaechsischen* Kriegs-Artic. *Briefe art. 11. Ob sichs aber begebe, dass der* Proviant *nicht eben zu bestimter Zeit verhanden, oder auch gewisser Hinderung wegen nicht alsofort ausgegeben werden könte, sollet ihr euch desshalben nicht rottiren. Geld ausruffen, oder andern Ungehorsam und Rebellerey anstifften sondern Gedult und Bescheidenheit gebrauchen, und schuldige Herren Dienste einen Weg als den andern gebührend verrichten, oder als Meuterer un Ehre, Leib und Leben gestrafft werden.* add. Churfl. Durchl. zu Sachsen Kriegs-Brief. *art. 8.* Nobis haec tamquam generaliora adduxisse sufficiat.

CAPUT II.

De provisione militum in hybernis.

SUMMARIA.

Connexionem ostendit, et de provisione militis transeuntis remissive. §. 1.

Hospitationis necessitas. Veterum Romanorum exemplum. §. 2.

De voce hospitationis et synonymis. §. 3.

Soli principi competit jure cod. metata indicendi facultas. §. 4.

An imperatori hodie hoc jus tribuitur? §. 5.

Imperator in territorio pontificis hospitationem indicere potest. Statibus quoque hoc jus competit. Episcopis quoque in Germania competit. Quid de capitulo sede vacante obtineat? Competit quoque civitatibus imperii. §. 6.

Quinam hospitationis onus subire debent. Illustres immunitate fruuntur. §. 7.
Nec non facultatum professores. An saltem orthodoxi immunitatem habent? Viduis ipsorum immunitas non competit. §. 8.
Nec nobilibus? §. 9.
Fabricensium officinae immunes erant. Agricolae certo modo immunitate gaudent. Quod hodie secus. Palatia principum quoque eximuntur. §. 10.
An forenses obligantur? Ut et creditor antichreticus. Nec minus certo casu conductor. §. 11.
Adaeratio hospitationis non est licita. §. 12.
Certi metatores constituti erant. §. 13.
Non debebant sine arbitrio magistratus distributionem hospitiorum facere. §. 14.
Adsignatio fiebat per adscriptionem nominis. §. 15.
Aequalitas observanda est. §. 16.
Quomodo divisio domus fiebat? §. 17.
Equitibus de stabulo prospiciendum erat. §. 18.
Salgamum militi non debetur. §. 19.
Quid hodie ab hospitibus deberetur? §. 20.
Milites hospitio adsignato contenti sunt. §. 21.
Pacifice quoque se gerere debent. §. 22.
Non ea praetendere debent, quae sunt illicita. Non balnea ab hospite postulent. §. 23.
Quid vero ex publico accipiebant milites in hybernis? Panes militares ipsis dabantur. Vinum quoque praebebatur. Equitibus quoque pabulum praebebatur. §. 24.
De vestibus hybernis dicitur. §. 25.

§. 1. Cum hucusque egerimus de provisione in genere, nunc ordo nos devolvit ad provisionem, quae militibus in hybernis necessaria est. Equidem antequam in hyberna perveniant milites, interdum transeundi sunt fines vel proprii, vel aliorum principum, inde ante de provisione militis transeuntis nonnulla dici oportebat. Verum cum ea, quae huc pertinent, satis fuse explicata sint *in disputatione dn. de Schmettau de transitu militum sect. III. et IV.* quae extat *vol. 1. disp. dn. Praesid.* ea repetere brevitati studentes, temporeque exclusi, sponte supersedemus, satis habentes indicasse, unde lector harum rerum avidus pectus suum exsaturare queat.

§. 2. Extra hyberna perpetuo versari milites frigus bello minime opportunum vetat. De hospitiis ergo militibus providendum esse, nemo non videt, postulat enim hoc jus et aequitas, ut eos, qui vitam suam saluti reipublicae, consecrarunt, a frigore, aliisque commodis, quae hyemale tempus comitari solent, abesumi non patiamur. Vide sis *Julianum* imperatorum omnium doctissimum. *ep. 13. ad Maxim. philos.* Alexandrum ab Alexandro *die gen. l. 4. c. 10.* Antiquus fuit romanorum mos, ut milites saepius non in oppida ad hybernandum in iis deducerentur, sed arctissime in castris detenti sub pellibus intentoriis latitare tenerentur. Conf. Rosin. *art. r. l. 10. c. 11. seq.* primum Postumium singulari inductum odio Praenestinis hospitia imperasse, ex *Livii l. 42.* Tabor *in comm. ad tit. codic. d. metat. et epidem p. 1. c. 4.* existimat; quae providendi ratio, etsi gravis et paulisper incommoda, valde tamen innoxia fuit, quae postea crescente imperio luxior facta, donec sub imperatoribus sequioribus marcescente imperii flore plane tandem cessaverit. Illud fortasse heic non observasse a loco alienum erit, in eo errare antecessorem argentoratensem, quod arbitratur, modo laudatum morem apud Romanos antiquissimum fuisse. Demonstratu nobis difficile non erit, hybernationem in oppidis majori antiquitate gaudere. Idem enim Livius *l. 5.* nos docet, quod bello vejenti demum institutum sit, ut milites in castris hyeme continerentur, cum antea per civitates degererentur. Accuratissimus hic romanae historiae conditor *lib. 26. narrat.* Cannenses milites, ne in oppidis hospitia caperent, ignominiae causa prohibitos esse, et jussos, ut ab omni urbe, decem passuum millibus castra hybernalia extruerent. Sub pellibus hybernandi mos nunquam ita solus obtinuit, ut alter penitus in desuetudinem abiret, tempestatis potius semper habita ratio. Julius enim Caesar, cum milites ob continuos imbres sub pellibus diutius contineri non possent, exercitum in hybernis collocavit, vide ipsum Caesarem *l. 3. de bello gallico.* Livius *l. 46.* inquit: exercitum in hyberna esse dimissum, maximam partem ab Amphipoli, reliquas a propinquis urbibus receptas esse, et *l. 38.* haec habet verba: *instare hyemem, aut sub pellibus habendos milites fore, aut si concedere in hyberna vellent, bellum differendum in aestatem.* conf. Valtrinam *de militia romana l. 4. c. 5.* Jam diu exolevisse hanc consuetudinem res ipsa docet. Inauditum ferme hac nostra aetate exemplum est, quod fortissimus *Heros Eugenius*, princeps Sabaudiae, caesarianarum in Italia copiarum dux, hac praeterlapsa hyeme exercitum in castris continuerit, eodemque res adversus hostem maximas gesserit. Cui nihil amplius ad immortalem gloriam deesse videtur, quam is, qui gesta ejus serae posteritati memoriae prodat, quod jam dum factum esse germanico et gallico idiomate comperio. Tit. germ. ita habet: *Von Leben und Thaten des Prinzen* Eugenii. Nos his missis instituimus constitutiones de hybernis in codice ab imperatore sacratissimo relatas recensere, et occasione data cum moribus nostri temporis comparare, earumque utilitatem, quam nostro quoque tempore adferre possint, liquido ostendere. Eo ut in offenso pede decurrere queamus, ostendemus primum, quibus jus hospitia imperandi competat, deinde quorum sit milites in aedes suas recipere, et quaenam loca ad hyberna deputanda sint, post haec videbimus officia eorum, qui hospitia ordinant, tandem lustrabimus hospitum cum activorum tum passivorum officia et quae praeterea militi ad sustentationem vitae exhiberi debeant.

§. 3. Antequam ad rem ipsam accedamus, pancula de vocibus substratae nostrae materiae praelibare libet. Receptio militis in hospitium hospitatio dicitur, quae in codice nostro variis modis exprimitur: dicitur enim aliquando onus hospites recipiendi *l. 3. c. de mun. pat.* interdum necessitas hospites recipiendi. *l. 10. §. 2. c. de vacat. et excusat.* Inprimis solemnis est vox metata et epidemetica; unde singularis est titulus *in c. de metatis et epidemeticis.* ad quem utroque oculo nobis respiciendum hoc loco erit. Sunt autem metata hospitia, quae militibus aut aliis personis provinciales praebent, videatur Dionysius Gothof ed. *ad c. t.* Lucas de Penna et plerique alii commentatores hanc vocem derivant a meta, unde est metari i. e. metam constituere, locum et patium designare. Primum de castris usurpata: deinde ad quaevis mansiones hospitiaque vox haec trans-

lata. Quod Tabor dicit *p.* 1. *c.* 2. *l. c.* Fabrum in Lexico suo non a meta sed a metiori hoc vocabulum deducere, id falsum esse, oculoris inspectio docet, nisi forte in novissimis editionibus, quas decus academiae fridericianae, clarissimus Cellarius nobis dedit, id mutatum fuerit. De voce epidemetica aliisque prolixius excurrere nobis volupe non est, potest adiri Tabor *l. c.* aliique commentatores, qui hic plena manu spargunt.

§. 4. Videamus ergo, cui jus hospitia imperandi conveniat. Nulli hanc potestatem modo independenti concessam esse, quam ei, penes quem summa rerum est, probatu adeo difficile non est, si codicem nostrum introspiciamus, facile reperiemus, metata tantum indicere posse principem: imperator enim expresse interdicit praesidibus, ne ullos hospitio gravent. *l. fin. c. tit. de metat. et epidem.* conf. *nov.* 134. *c. l.* potest tamen aliis specialiter concedi arg. *l.* 4. *ff. de off. procons.* aut si magna fortuitaque causa id postulet. *l.* 6. *c. h. t.* vid. Arnoldus Corvinus a Belderes *in methodica codicis justinianei enarratione p.* 2. *p.* 221. Et quid multis opus? est enim particula juris belli, quod adeo principi proprium est, ut sine hoc jure penes ipsum majestas integra residere nequeat, quod optime norunt reges Poloniarum et Britanniae, qui, cum in caeteris satis restricta sit eorum potestas, jus tamen bellicum sibi integrum servarunt. vid. Paurmeister. *d. jurisd. c.* 3. Dn. Beemann. *in medit. polit. dissert.* 23. *th.* 3. Arnisaeus *d. jur. maj. l.* 2. *c.* 5. Jus belli sub se complectitur non solum jus conscribendi militem, arma imponendi, exarmandi, fortalitia extruendi, praesidium imponendi, militem, quo libet, ducendi, bellum indicandi et movendi; sed et jus hospitia indicendi, ista enim a se invicem sejungi difficulter possunt, consule hac de re Mylerum ab Ehrenb. *d. stat. imp. c.* 74. §. 2. *c.* 88. Hering. *de jur. burg. num.* 681. Mev. *ad jus lubec. l.* 1. *tit.* 2. *art.* 1. *n.* 4. Taborem comment. *ad tit. de met. et epid. p.* 1. *c.* 6. Struv. *in f. c.* 6. *th.* 19. Si haec ad antiquiora tempora imperii romani applicemus, manifestum est, illud jus aliquamdiu penes solos imperatores substitisse. Tempore enim Octavii Augusti usque ad decessum stirpis franeorum imperatorum et ultra status in imperio monarchicus obtinuit. Hinc *in l. unica c. ut armorum us.* omnibus inscio imperatore armorum movendorum copia denegatur. Posthaec tempora autem status imperii eam potestatem, quam delegatam antea habebant, paulatim sibi propriam reddiderunt, sensimque ad societatem imperii adspiraruut, unde imperium romano germanicum longe aliam faciem nactum est. Non abs re e. erit, ut brevissimis eam paulo distinctius cognoscamus ratione hospitiorum indictionis.

§. 5. De imperatore itaque hodierno primum dispiciemus; anne jure hospitia in imperio indicere queat. Nullo negotio quilibet animadvertit, non quaeri: an ut rex Hungariae aut Bohemiae, aut ut dux Austriae id possit in suis territoriis, sed de eo nunc solliciti sumus, an ut imperator id possit in imperio? hic ut debito modo procedamus, nec a justo tramite aberremus, considerandum erit, in quantum ei, ut imperatori jus belli conveniat, in tantum ei etiam jus hospitia indicendi attribuendum erit. Diximus enim supra quod hoc ab illo comprehendatur, et cui unum competat, ei etiam alterum competere necesse sit. Si autem leges imperii nostri fundamentales consideremus, deprehendimus distinguendum esse, anne ipse aliis bellum inferre destinaverit, hoc casu ei jus belli et jus hospitia jubendi in imperio denegandum est, dum est, quippe in capitulationibus ipsi huic juri renunciarunt, vid. capit. Car. V. *art.* 2. *capit. Ferdinand. I. art.* 10. cap. Matth. *art.* 7. Rudolph. II. *art.* 10. Ferdinand. II. *art.* 9. Ferdinand. III. *art.* 11. ubi haec verba habentur. *Wir sollen und wollen freundlich und nachbarlich gegen denen Anstossenden und Christlichen Gewalten verhalten, kein Gezaencke, Fehde anfahen, noch einig anders Krieges Volchins Reich führen, ohne Vorwissen Rath und Bewilligung der Reichs Staende oder zum wenigsten der Churfürsten.* Atque hoc a Maximiliano ad haec nostra tempora observata fuisse, ut in decernendo bello semper statuum consensus fuerit requisitus, probatur *in disp. de jur. milit. imper. c.* 2. §. 2. imo in instrumento pacis Osnabr. sancitum est, ut gaudeant suffragiis; quando de hospitationibus militum instituendis deliberatur *art.* 8. § *quod* videatur Limnaeus *ad capit.* Carol. V. *art.* 2. Burgold. *notit. imp. p.* 3. *d.* 2. *n.* 5. add. Tabor. *l. c. p.* 1. *c.* 6. qui inepte hic distinguit inter potentiam atque actum sive exercitium, potentia quid m apud solum imperatorem hoc jus residere, in actu atque exercitio requiri statuum consensum vid. eum *l. c. n.* 8. *p.* 34. insuem esse hanc distinctionem, exinde patet, quod potentia, quae nunquam in actum traduci potest, non meretur nomen potentiae. Ad haec non solum actus, sed et potentia sive jus imperatori per leges fundamentales ademptum est. Si autem hostis propulsandus, neque res moram patitur, tum etiam non interrogatis statibus exercitu hosti obviare potest, hoc enim rerum statu etiam subditi, et quaelibet urbs hosti ex improviso supervenienti sine principis jussu arma opponere potest, praesumitur enim hoc casu consentire, quod ipsum Hugo Grotius *l.* 1. *d. j. b. et p. c.* 3. §. 4. probat; quidni ergo idem imperatori liceret, cui praecipua imperii cura demandata est. Quod etiam expressum in capitulat. Leopoldi *art.* 13. Hoc consensu statuum praesupposito imperatori directio hybernorum competit, ut exercitum imperii in circulos distribuat, quemadmodum ratio belli, utilitas imperii id postulare videtur, ita habent verba *recess. imper. Ratisb.* 1641. §. 20. *Und zwar so viel erstlich die Einquartirung betrifft.* Sive itaque bellum consensu statuum, sive ex necessitate sine eorum praescitu coeptum sit, in metatis excedere non licet imperatori, quique tuitionem imperii semper speciare tenetur, quod ipsum probat saepius laudatus Tabor *l. c. p.* 1. *c.* 7. §. 6. *seqq.* ex capit. Ferdin. III. *art.* 12 *et* 29. non itaque temere indicet atque deinde mature denunciabit vid. *rec. imp.* 1641. et Corvinus *p.* 221. *l. c.*

§. 6. Hac occasione forte justo curiosius quaereret aliquis: an imperator in territorio pontificis romani hospitia imperare possit exigente necessitate, si nempe supponatur bellum, nomine imperii geri, atque si in id a statibus consensum sit? Quod me attinet, salvo aliorum doctiorum judicio, affirmantem amplecterer sententiam, ratione hac nixus: quod reliquiae istae imperii romani, quas papa possidet, sub Ottone magno perpetuo cum regno Germanorum unitae sint, ita ut qui esset rex Germanorum, simul romanorum esset imperator, quod egregie ostendit Polyhistor

Conring. *in aureo opere de finibus imperii cap.* 20. *seq.* Apud Goldastum *repl. pro imp. c.* 29. Diploma reperi ur, in quo Leo VIII. eas regiones, quae a Carolo magno sedi pontificiae donatae dicuntur, sponte Ottoni m. reddidit verum hoc diploma Krantzius *l.* 4. *c* 2. genuinum non esse merito suspicatur. Frustra quoque pontifex obtendit praescriptionem, quae adversus principes non valet, et vel solus titulus: rex Romanorum satis ostendit, nunquam Germanos habuisse animum derelinquendi vid. Boecler. *not. imp. l.* 2. *c.* 2. §. 7. Ne nimis excrescat materia praesens, cetera, quae huc spectant, contrahemus. Statibus illud jus hospitia jubendi non esse denegandum, patet ex eo, quod illis in capitulationibus superioritas territorialis formata sit, ad quam sine dubio jus metandi quoque pertinet, *et in instrum. pac. Osnabr.* §. *gaudeant*, sancitum est, singulis statibus perpetuo liberum esse debere, facere foedera cum exteris, ex quo sequitur, illis competere jus belligerendi, quod male Arnisaeus *d. i. m. c.* 2. *n.* 6. iis controversum reddit, cum quo arcte connexum est jus metandi. Baldus, Mutius Surgens, Lindenspurius, aliique apud Taborem *l. c. p.* 32. contendunt, jus hoc bellum gerendi atque metandi pertinere ad regalia, et per consequens statibus non posse convenire; verum respondet laudatus Tabor, regalia a juribus superioritatis territorialis non nisi nomine differre, quod etiam ex enumeratione partium satis clarum est. *v. cap. un. quae sunt regalia* 2. *f.* 56. Dn. Ziegl. *in tr. d. jur. majest.* dn. ab *Einsiedel* et Arnisaeus *tr. d. reg.* Ea enim in signum supremae potestatis ad reipublicae dignitatem et utilitatem tuendam competunt. Anton. *disp.* 3. *th.* 6. *lit. b.* Ludw. *c.* 13. *p.* 2. *Germ. Herrlichkeiten.* Etiamsi igitur status possint indicere hospitationes in territorio suo, non tamen id licet in alterius status imperii territorio, non enim ibi habet superioritatem territorialem, ex qua fluit jus metandi. De episcopis et praelatis Germaniae non est quod dubitemus, quia status imperii sunt, adeoque commune jus habent. vid. Pauermeist. *de jurisd. l.* 2. *c.* 9. *n.* 8. Mylerus ab *Ehrenbach* d. stat. *imp. c.* 9. Gryphiander *in coloss. Weichb. c.* 28. Struvius *jur. feud. c.* 1. *th.* 4. Equidem c. 23. *qu.* 8. *et c. l. qu.* 8. *c.* 23. severe militia illis prohibita, verum illud intelligendum de nudis episcopis, non autem de iis, qui simul sunt status imperii. De capitulo sede vacante aliquis dubitare posset, cum vero omnia jura superioritatis exercere ei fas sit *c.* 2. *x. Ne sede vacant.* Franciscus de Pavinis *d. off. et potest. cap. sede vacante qu.* 6. *prim. part. principal. n.* 1. Barbosa *ad cap.* 3. *x. c. t. n.* 13. Oliva *d. for. eccl. p.* 3. *q.* 7. *n.* 76. jus metandi quoque non exceptum esse debet. Ratio etiam haec valet, quod sede vacante capitulo defensio territorii incumbat, ast hoc fieri non posset, nisi jus milites alendi atque hospitia distribuendi habeat. Sinold. Schuz. *d. statu rei roman. disp.* 7. *lit. h. et j.* praecipue vero hic legi meretur dn. Georg. Gothofred. Schwendend. cujus praematurum obitum adhuc Lipsia nostra cum magnifico ejus parente luget. in disp. inaugur. *de sede episc. vacant. th.* 8. *n.* 6. 7. *etc.* De civitatibus liberis idem pronuntiamus, gaudent enim superioritate territoriali. Necquicquam And. Knichen *in verit. apologet.* in contrarium nititur, abunde enim ab aliis refutatus. Possunt enim tributa exigere, milites alere, arces atque castella extruere. vid. Knipsch. *de civit. imper. l.* 3. Limnae. *lib.* 7. *c.* 1. *n.* 41. *usque ad* 45. praecipua ratio est quod status imperii sint. v. c. Limn. *l. c. p.* 115. *us ue ad* 126. et votum decisivum in comitiis imperii habent. *instrum. pac. art.* 8. §. *tam universalibus.* conf. *except. actor* apud *auctorem der Grundfeste p.* 2. *c.* 6. Quid vero vicariis imperii hac ratione faciendum sit. Vid. Schwed. *in synops. jur. publ. p. spec. sect. I. cap.* 33. §. 8. Illud adhuc per modum superpondii quaerere libet: an rex Romanorum metata indicere possit. Negamus hoc, quia actu nullum habet imperium, sed saltem destinatus in imperio romano successor est, addesis *capitul. Jos.* §. 47. ut adeo a veritatis tramite declinet Lynckerus, qui cum aliis multis *in disp. de rege Romanorum* ei majestatem veram et realem attribuere non veretur, et ita quidem, ut tamen duas majestates in imperio asserere nolit, quae contradictoria esse quilibet videt: Carpz. *d. leg. reg. c. II.* §. 5. *n.* 24. Rumelin. *ad a. b. p.* 3. *d.* 2. *th.* 6.

§. 7. Sufficiant haec de iis, qui jus hospitia indicendi pro militibus habent, pauca quoque in medium proferre me non pigebit de iis, qui obligantur milites in hospitia recipere. Cum vero hoc munus reale sit, et patrimoniale regulariter ab eo nemo excipiendus erit. *l.* 3. §. 14. *ff. de mun. et honor. l.* 3. *c. d. mun. patrim.* Meier. *in colleg. argentor. ad t. d. mun. et honor. th.* 5. vid. quae dicta sunt cap. 1. Dari vero ab ordinaria hospitatione exemptos extra controversiam positum est, brevique serie eos sistere voluit. Burger. *observ. jur. polit. militar. cent.* 1. *observ.* 68. Vivius *decis.* 162. conf. dn. Lincke *in disp. de metat. militar.* a §. 25. usque ad 31. Nobis illos exemptos recensere ufficiat, qui ll. cod. a metatis exempti sunt. Praecipue vero immunitatem merentur illi, qui illustrem dignitatem gerunt per *l.* 9. *c. de metat.* Quod de consularibus et patritia dignitate praefulgentibus explicare voluit d. Brunn. *ad c. de metat.* Christin. *v.* 5. *decis.* 143. *n.* 16. An vero consiliarii principum, postquam resignarunt officia sua, huc referri debeant, prout statuit Papon. *d. arrest.* alleg. a Christin. *vol.* 5. *decis. belg.* 46. *n.* 7. De eo me dubitare facit *l.* 10. *c. de meta et epidem.* cujus verba ita concepta sunt: *qui illustres dignitates honorarias quascumque sine actu impetraverint, aequo animo suas domus pandant.* Hoc assertum, si quis ad nostra tempora applicet; non sine ratione in eam sententiam inclinandum esse arbitror, neque consiliariis, archiatris, aliisque, qui non actu principi inserviunt, immunitatis privilegium tribuendum esse. Brunnem. *ad c. l.* Quae sententia propterea fortiore tibicini innititur, quia nemo vel ex sacro rescripto, vel ex divali annotatione, seu pragmatica sanctione contra hospitationis legem uti possit excusationis auxilio ut verba pulchre fluunt in *l.* 10. *c. de metat. et epid. conf. c.* 1 §. 15. Licet verba ista in eum ensum tantummodo explicanda veniant, si vel sub aut obreptitie rescriptum impetratum fuerit, cum principi in hoc casu manus non debeant esse ligatae. Sed si quis immunitatem in genere nactus fuerit, quaestio instituenda est; utrum id privilegium quoque extendi debeat ad hospitationis onus. Quod affirmandum omnino erit provocantes generalitatem privilegii *a. l.* 32. *ff. ad l. aquil.* Generalem enim dispositionem

species sub ea contentae sequuntur Tusch. *tom. 4. lit. g. concl.* 29. Nec propterea generalitatem hanc restringendam esse censemus, quasi immunitas alicui concessa ad extraordinaria munera extendi nequeat, utpote quae ob summam et extremam necessitatem indicuntur. conf. magn. dn. Schwendend. *patronus et promotor studiorum meorum obsequiose colendus ad Eckold. t. d. jur. immun.* §. 5. voce *per textum disertum.* ubi ad *l. un. c. de vacat. mun. publ. et l.* 1. *c. d. indict.* pro obstantibus adductas accuratissime respondit, licet dissentiat *Carpz. l. 4. resp.* 75. *n.* 27. *ubi praejudic.* in contrarium. In genere vero immunitatem ab hoc onere acquiri vel ex privilegio vel facto, vel consuetudine ajunt. Huc quoque spectat praescriptio. An vero praescriptio immemorialis requiratur, sive an quadragenaria sufficiat, inter se disputant Gilken. in *comment. ad auth. quas actiones c. d. ss. eccles. n.* 7.

§. 8. Non vero tantum immunitate fruuntur honore praediti *a. l.* 7. *c. de met.* sed quoque ad idem privilegium admiserunt omnium facultatum professores Theodosius et Valentinianus in *l.* 8. *c. de metat. et epidem. j. l.* 6. *c. d. prof. et med.* quorum scientia totus illuminatur mundus, ut habent verba *auth. habita: ne fil. pro patr.* conf. Klok. *d. jur. vectig* Conc. 33. Jacob Benius *tr. de privil. dd. pr.* 96. *n.* 5. quam immunitatem merito illis concedi contendit Hugo Grotius *l.* 3. *d. jur. b. et pac. c.* 2. § 10. Cujus privilegii usum jure ad advocatos ordinarios quoque extendi debere evincit Dionys. Gothofred. *in not. ad c. l.* 8. *j. l.* 11. 16. 17. *c. d. advocat. divers. judic.* Conferri hic meretur *l.* 3. *c. Theod. de metat. et epidem.* Nec minus ad hunc censum numerari debent clerici *c.* 1. *x. d. imm. eccl. j. l.* 1. *cod. d. epis. et cler.* An vero hoc privilegium saltem ad orthodoxos exclusis haereticis restringi debeat, satis acriter invicem dd. contendunt. In Germania res dubio caret, cum tribus toleratis religionibus, quorum exercitium liberum in instr. pacis admissum fuit, hac immunitate frui datum sit. vid. instrum. Osnabr. *art.* 7. Vidua quoque istud privilegium competere multi propugnare volunt; ast vero, id non procedere, haud difficulter probari potest *ex l.* 8. *c. de metat. et epidem.* verba: *quoad vivent.* nec contrarium sententiam confirmare valet, *l. mulieres* 13. *c. d. dign.* quae saltem loquitur de dignitatibus et foro mariti uxori tribuendo. Nihilominus jure sax. elect. eadem immunitate donatus fuisse nos edocet. *Die Churu. Fürstl. Saechs. Kirchen Ordnung t. von Immunitaeten §. darneben sollen j. ord. milit. Saxon.* §. 6. sub hac tamen restrictione §. adjecta: *Wenn sie keine Bürgerl. Nahrung treiben.*

§. 9. De nobilibus itidem movent quaestionem an illi ab hospitatione immunitatem habeant? Qui affirmativae sententiae subscribunt, nituntur auctoritate *l.* 9. *c. d. metat.* verba: *honore praeditis etc.* Ast vero quam interpretationem ex hac parte adhibere teneamur, jam ex superioribus patebit. Quominus enim ipsos ad communionem hujus immunitatis admittamus, persuadet *nov.* 15. *a.* 6. in qua dicit imperator: *convenire, unumquemque nobilium semper functionem agere civitatum, quas inhabitat.* Quae verba cum de oneribus personalibus, quae tamen longe graviora sunt, concepta sint, multo magis ad onera patrimonialia referri poterunt. Tiraquell. *d. nobil. c.* 20. *n.* 165. Si vero feuda servitiis equestribus obnoxia possideant, secus erit II. *f.* 23. *j. l.* 30. *ff. d. jurejur.* Carpz. *l.* 4. *r.* 70. Conferri hic loci debet resol. *gr. Saxon. de anno* 1661. *von Rent Sachen gr.* 4. *c.* 5. *p.* 1084. vid. quae dicta sunt *cap.* 1. §. 14. Hinc serenissimus elector saxon. *in ord. milit. anno* 1635. *publicata* praedia nobilium a metatis immunia esse jussit: *art.* 8. *Adeliche eigene Haeuser auch deren Wittwen Wohnungen sollen mit keiner Einquartirung belaestiget werden.* conf. quoque *art.* 9. ibid.

§. 10. Ut armorum commercium eo magis promoveretur, fabricensium officinae a molestia hospitum immunitate donatae sunt. *l.* 4. *c. de met. et epid. et l.* 8. *c. Theod. c. t.* Idque intelligendum esse de privatis fabricensium domibus *Denen Büchsenschaeffern und Waffenschmieden,* et non tantum de publicis erudite observavit Jacob. Gothofr. *in not. ad loc. cit.* Ex qua lege nonnulli inepte collegerunt, mercatores quoque a metatis exemptos fuisse vid. eumdem *l. cit.* quod privilegium fabricensibus confirmatum fuit *in ord. caes.* 1640. *als erstl.* Quae immunitas quoque certo modo praediis agricolarum competit, qui ab omni inquietudine liberandi sunt, ita ut mensorem, qui praeparandi gratia ad possessionem venerit, expellendi habeant facultatem, ut ipsa verba *l.* 5. *c. de met. et epid.* adducamus. Errore vero abreptus videtur Cujac. *in comment. c. ad c. l.* dum statuit hac lege praedia rustica ab onere in hospitationis plane absoluta fuisse. Adversa fronte vero repugnant huic explicationi verba sequentia *d. l. solam sane hospitalitatem sub hac observatione concedimus* Gothofr. *ad cod. Theodos. t. d. met. et epid. l. X. n.* 1. Nihilominus verba sequentia: *omnium est accelerandum iter, nec ulli ibi liceat residere, ne diuturnitas commeantium ulla ex parte praedium vexet;* satis superque evincunt, a diuturna hospitatione istiusmodi praedia libera pronunciata fuisse. Nostro tempore contrarium obtinere, experientia satis superque docet, cum rusticorum praedia plerumque ita hospitatione militum onerentur, ut saepius de eo agricolarum gregem misere conquerentem audire liceat. Quamvis vero Tabor *p.* 3. *sect.* 2. *c.* 3. *n.* 9. *p.* 237. putet, legem civilem quoad rusticos in usum revocatam esse per *reformat. Frider. III. anno* 1442. publicat. *Wer oder wann etc.* accuratius tamen rem perpendenti constat, verba *cit. edict.* saltem prohibere, quo minus in hospitiis hostilitates adversus ruricolas exerceant. Praecipue vero palatia principum oneri isti subducta fuisse apparet ex *l. un. c. d. palat. et dom. princip.* Unde et ejusmodi palatiis aedibus vela regia praefigebantur *l.* 1. *c. ut nemo privat. tit. praed. suis.* Quod ex asse convenit cum imper. Maxim. *Reuterbest. d. anno* 1570. *verb. Ob denn wir.* Idem quoque dispositum in *rec. imp. de anno* 1641. §. 27. *et* 28. verba *hierinnen lassen.* Nihilominus casus necessitatis excipi solet.

§. 11. Caeterum cum hospitatio sit onus reale, exinde sponte fluit, forenses quoque ad onus istud subeundum compelli posse, si aedes in civitate sibi acquisiverit. *l* 2. *et* 5. *c. de mun. patr.* licet e diametro dissentiat Anton Faber in *c. l.* 9. *t.* 29. Nec minus creditor antichreticus ad id obligatur, si indeterminate loco usurarum fructuum perceptione gaudeat *l.* 14. *cap. d. usur.* cum talem possessorem non solum commodum sed et onera fructuum sequi par sit. Cae-

pz. *p.* 2. *c.* 32. *d.* 12. *n.* 5. conf. dn. Praes. *in disp. d. trans. milit. m. III. s.* 2. *n.* 17. Quid vero ratione conductoris obtinet? Sub hac decisione respondendum erit, extraordinarium et subitaneae hospitationis leve onus conductori imponendum esse *a. l.* 27. *l.* 25. §. 6. *ff. locat. cond.* Franz. *ad c. t. n.* 17. Mev. *p.* 2. *decis.* 96. *n.* 7. *seqq.* Quod si vero exinde damnum sentiat conductor, aequitatis est, ut propterea regressum habeat contra locatorem, utpote qui, dum mercede fruitur, rem locatam possidet. *l.* 7. *ff. d. public. j. l.* 3. *ff. d. impens. in res dot.* Carpz. *p.* 2. *const.* 37. *def.* 26. *n.* 5. Lauterb. *ad part.* 3. *pand. t. locat. cond.* §. 20. Ab hac sententia tamen propter varias rationes pro locatore adduc as recedit dn. Mevius *in tr. d pensionar. qu.* 4. *n.* 38.

§. 12. Illi vero, qui, specialiter immunitatem non impetrarunt, non possunt se oneri hospitationis subducere, cum nihil sub hac specie a provincialibus exigendum sit, ne ipsos hospitio gravent, ut verbis utamur *l.* 12. *c. de metat. et epidem. j. nov.* 130. *c.* 4. *et nov.* 43. Licet vero Perez. *ad cit. t. n.* 8. *p. m.* 627. *ex t.* 9. *pr. c. d. metat.* contrariam potius sententiam stabilire velit, cui adstipulatur Linck. *in disp. d. met. milit.* §. 49. nihilomi us tamen haec nihil contra claram *l.* 12. dispositionem efficere posse demonstravit dn. Praes. *in cit. disp. d. trans. milit.* §. 14. cum illud in praejudicium aliorum tenderet. Brunn. *ad c. t. d. met. n.* 4. Licet autem haec optime ita *leg. cod.* provisa fuerint; praxin tamen inde discessisse in propatulo est, cum hodie nihil magis usu receptum sit, quam ut loco hospitii militibus praestetur *das* assignirte quartier *und* Service *geld.* In Saxonia hanc libertatem conceptis verbis concessam esse, satis liquido colligi potest ex potentissimi Poloniarum regis friderici augusti rescripto ad senatum Dresdensem dato *in Kayser Carls-Bade* d. 20. maj. 1695. circa finem; non taedet vero verba adscribere; *Dass denen Bequartirten frey stehe entweder die* Officirer *oder Gemeine, so auff Sie die* Billets *empfangen, in ihre Haeuser einzunehmen, oder aber dieselben mit Entrichtung dessen, was ihnen sonst* ex Cassa *an* Quartier-*oder* Service-*Gelde biss* dato *gereichet worden, abzufinden. welchen letztern Falls Sie, die* Officirer *und Gemeinen schuldig seyn sollen, solches Geld anzunehmen, und sich selbst davor, wie vor dem geschehen, einzumiethen.* Idem quoque dispositum deprehenditur in *edict. milit. brand.* §. 3.

§. 13. Ne vero in distributione hospitiorum confusio oriretur, certi metatores electi fuere *l.* 1. *c. d. met.* Qui hodie appellari solent *Quartier-Meister.* vel etiam commissarii, gallice dicuntur *Merechaux des Logis et Fouriers.* In quorum nominum originem inquirunt Petr. Greg. Tholos. *l.* 5. *synt. cap.* 2. *n.* 3 et Besold. *in thesaur. pract.* ad vocabulum *marchal. j.* saepius laudatus Gothofredus in comm. *ad l.* 4. *c. theod. d. metat.* ubi in hoc negotio Cujacium refutavit. Cavendum vero praecipue ipsis erat, ne in obeundo officio suo insolentius se gererent, aut res quasdam aedium contrectarent *l.* 9. *c. de met.* multo minus vero ipsis licebat ab hospitibus aliquid postulare, in tantum enim inhibebatur sceleratus iste mos, ut ipsis quoque praebentibus illud non impunitum esset, uti graviter locuti fuere imperat. Honor. et Theod. *l. devotum. c. d. metat.* hinc si concussionis alicujus convicti fuerint, praestatione dupli cum exilio mulctabantur *n.* 130. *c.* 6. *rol. a Valle cons.* 66. *n.* 9. Christin. *vol.* 5. *dec.* 143. *n.* 9. *et* 19. Prae erea poena metatoribus istis infligebatur, si mitterent ad alias civitates et praedia, quasi debeat exercitus ubi manere, uti habent verba *nov.* 130. *c.* 6. in novis ordinationibus militaribus id quoque saepius exprimitur, *sie sollen nicht blinde quartier machen* dn. Hoyer *in corpore juris militaris p.* 170. Propterea *vi statuti* 46. *parlamenti parisiensis* metatores, qui hoc modo incolas pecunia emungunt, ultimo supplicio affici jubentur, quod exemplo suo confirmavit Mareschallus Galliae Meriliacus anno 1632. referente Schonwettero *in historia cardinalis Richelii l.* 9. *c.* 75.

§. 14. Nec integrum ipsis est pro suo arbitrio distribu ionem hospitiorum facere, antea enim magistratibus provincialibus literis publicis futura metata denunciare jubentur *l.* 2. *c. d. collat. fund. fiscal.* Quod omnino prudentissime factum fuit, cum nemo melius conditionem loci et incolarum perspectum habeat, quam ipse magistratus. Quapropter leges civiles in eo imitari voluit serenissimus elect. Brand. *in edict. d. an.* 1672. *art.* 4. Cum quo consentit *art.* 17. *Der Frantzösischen Krieges*-Ordinance *d. an.* 1695.

§. 15. Posthaec nihil supererat, quam ut singulis militibus hospitia dicti metatores, assignarent, quod per adscriptionem nominis in foribus domus peragebatur. *l.* 1. *c. d. metat.* Hanc si quis delevisset aut exculpsisset, falsi crimen contrahebat *c. l.* Huc pertinet *das Daenische Krieges Recht* Christian. IV. art 3. imo hanc poenam adhuc hodie in Gallia obtinere testatur Jacob. Gothofred. C. Theod. *ad l.* 4. *d. metat.* Licet vero ex allegata leg. dd. colligere velint, ipsum metatorem inscriptionem semel factam corrigere non posse. Christ. *decis.* 145. *n.* 9. quemadmodum lata semel sententia revocari nequit. Quicquid tamen sit, hoc fieri posse, persuasum mihi habeo, si animadvertatur, erratum esse in priori inscriptione, quo casu et obligari ad mutationem dicerem. Neque quicquam probat allegata *l.* 1. *c. d. met.* quod recte annotat Jac Gothofr. ad *l.* 4. *c. Theod. d. metat. et epid.* nam ex lege cavetur, ne alii mutent manum metatoris, non autem ne ipse metator semel factam inscriptionem emendet. Quod ad nominis adscriptionem in foribus attinet, hanc legem, de qua hactenus sermonem instituimus, exsolevisse opinor, cum hodie tantummodo schedulae *Billette* militibus tradantur. Totam processum describit Walhausen *l.* 1. *c.* 8. *t. von* Quartiren *in einem Dorffe.*

§. 16. Inprimis magistratus et ii, qui praefecti erant designandis hospitiis, sedulo operam dabant, ut aequalitas inter cives observaretur *l.* 1. *c. d. mun. patrim.* Nec alios majore plus usto onere premerent, et amicos et cognatos sublevarent. *l. ult. c. quemadm. civ. mun. indic.* Quod ab aequitate haud parum se commendat; semper enim respectus haberi debet bonorum ac aedium, quas quis possidet secundum proportionem Geometricam *l.* 2. *c. d. ann. et tribut.* Rol. a Valle *ol.* 1. *cons.* 66. *n.* 15. 20. *seq.* Facilius enim oleratur onus, quod ad plures transit et a pluribus suffertur, cum cavendum sit, ne onus, quod debet esse multorum, pauci in se suscipiant, aliis ab eodem liberatis *l.* 4. *c. d. exact. tribut.* Ruin. *v.* 5. *cons.* 107. Conferri huc potest *Reichs-Abschied.*

d. an. 1661. §. *und so viel erstlich die Einquartirung betrifft* nec non r. i. d. anno 1641. in verb. *Demnach aber etc.*

§. 17. Sic ergo militibus assignata sunt hospitia, videamus ergo porro, quomodo leges civiles officia hospitum erga hospitaturos comparata esse jubeant. Ante omnia vero Archadius et Honorius *l.* 2. *cap. d. metat.* sanciverunt, ut domus in tres partes divideretur, quarum primam dominus eligeret, secundam miles, tertia itidem possessori relinqueretur, plenum enim est, ut loquuntur imperatores, aequitate et justitia, ut, cui domus vel successione obvenit, aut cujus pecuniis empta, aut extructa est, meliorem partem domus retineat, ab omni metatorum molestia liberam; his autem qui in dignitate constituti sunt, non tertiam sed dimidiam domus partem ut darent hospites, jusserunt laudati imperatores, ita quidem, ut unus aequis partibus dividat, alter eligat. *l.* 2. *c. d. met.* Quod et statuit Justinianus in *nov.* 130. *c.* 9. ubi dicitur: *Militem occupare non debere principales aedium partes* Germ. *die vernehmsten Gemaecher* Brunn. *c. d. metat. et epidem. n.* 14. Christin. *v.* 5. *decis.* 143. *n.* 12. quod si quis illustris miles huic constitutioni contravenerit, libram auri pendere cogebatur, si gregarius miles, militia privabatur. Cum nostrorum temporum mores consideremus, nimium q antum a veterum moribus discessisse videbimur, ut conqueritur Perezius *ad c. d. metat. n.* 7. *p.* 627.

§. 18. Si milites equis instructi sint, prospiciebatur eis de commodo stabulo, cum ipsis in ergasteria equos introducere permitteretur *l.* 2. *c. d. metat.* Hodie quoque equites in hybernis insigni praerogativa gaudent prae peditibus, cum hi illis optimam sedem cedere jubeantur, ut commodiore pabuli fruantur ratione. In quem finem allegari potest constitutio Maximil. II. quae vocatur Articuls-*Brief. art.* 15. verb. *Wo Reysige und Fuss Knechte in einem* quartiren *liegen würden, sollen die Knechte ziemlicher massen weichen, damit sie ihre Pferde unterbringen können.*

§. 19. Caeterum praeter simplicem habitationem nudaque hospitia *leg. Justin.* nemo tenebatur militi aliquid praebere, uti satis clare innuit *l. un. c. de salg. hospit. non praestand.* licet vero olim spontanea liberalitas et humanitas, quemadmodum id exprimitur ab imperatore Constante in *l.* 1. *c. Theod.* non plane sublata fuisset; postea tamen aliter visum fuit, cum non modo violenta extorsio inhiberetur, sed quoque spontanea oblatio repudiaretur *l.* 2. *c. Theod. de Salgam. hospitib. non praest. et l. un. c. Just. cit. tit.* Christ. *V.* 5. *dec.* 127. *n.* 12. Multi quidem dd. hanc legis dispositionem quasi omni ratione destitutam arguunt, cum quilibet res suas dispensare possit, prout ipsi libitum fuerit. *l.* 21. *cap. mand. l.* 9. *c. d. Judae.* Ast vero legi egregie rationem suam constare, quisque mecum fateri necesse habebit, cum perpenderit, perpetuam concussionis praesumptionem suspicionemque subesse, quam miseri provinciales spontaneae oblatione antevertere credebantur Jacob Gothofr. *ad l.* 2. *c. Theod. d. salg. hosp.* An vero eo casu legis nostrae sanctio cesset, ubi ab amico, hospite vel cognato aliquid detur haut immerito disquirendum est, quod affirmative decidit dn. Wildvogel *in cit. disput. d. salg. sect. ult.* §. 2. Vestigia premens Brunn. *ad c. l.* 12. *t.* 42. *n.* 3. et Christin. *V.* 5. *decis.* 145. *n.* 15. Utrum haec sententia juri conveniat, me dubium reddit expressa Sanctio *cit. l. un. c. d. salgam. hosp. non praeb.* Ne levi occasione oblata milites exactionis illius usum in abusum convertant. Nec juvat. citat. dd. Quod hoc casu potius ex affectione, quam concussionis metu datum esse, praesumendum sit arg. *l.* 1. *ff. ad l. jul.* Siquidem contraria adhibitae violentiae praesumptio juris et de jure auctoritate legis munita sit *d. l. un.* Verb. *nec volentibus hospitibus.*

§. 20. Nostro hoc tempore hospitationes longe majore cum onere conjunctae sunt, quia praestatio Salgami *der* Servies iterum in usum revocata fuit. Schweder. *introd. jur. publ. p.* 1. *c.* 26. §. 6. *in fin.* Quod rescripta et ordinationes militares satis testatum reddere queunt. Quid vero hodie sub Salgamo ab hospitibus praeberi debeat, luculenter satis descriptum fuit in *elect. saxon. ordin. milit.* §. 7. *et* 8. Nec non *edict. elect. Brandenb. apud Hoyer. p.* 232. quod si tamen hospites alia quaedam praeter hospitia praebere urgentissima necessitate cogerentur, ipsis de iis, quae exhibuerant, apochae dari debebant *l.* 4. *c. de collat. fund. patrim.* Brunn. *ad c. t. d. metat. et epidem. n.* 5. Quod enim ex apochis exhibitum apparebat, id pro tributo collato habebatur. vid. Cuj. *ad nov.* 130. Quo etiam collimant verba *art.* 7. *Der Chur Brandenbl.* March-*Ordnung. d. an.* 1672.

§. 21. Nec minus vero leges civiles hospitaturo militi quoque praescribunt, quomodo in hybernis se gerere debeat. Ante omnia assignato hospitio contentus sit. Vid. *nov.* 130. *c.* 9. Rittersh. *ad cit. nov. p.* 14. *c. ult. n.* 1. non enim excusare se potest a dolo et contumacia, qui magistratui non paret *a. l.* 199. *ff. d. r. j.* prostat de hoc *onstitutio* Ferdinand. III. *art.* 48. *Es soll sich auch ein jeder, wie er von den* Quartier-*Meister* logiret. *wird, desselben Orts begnügen lassen, und sich darinnen gütlich vertragen.* add. *Königl. majestaet zu Schweden* Articuls *Brief. tit.* 16. *art.* 11. *et ordinat. milit. Brandenb. t.* 11. *art* 53. add. Hoyer. *p.* 166. *seqq.*

§. 22. Deinde in assignato hospitio pacifice et comiter se gerant, inprimis requiritur ab iis innocentia, ut ab omni maleficio abstineant. *l.* 6. *c. unde vi. l.* 33. *ff. de usur.* Besoldus *dissert. de arte jureque belli c.* 5. *n.* 8. ita quoque disponit serenissimus elector Saxoniae gloriosae memoriae Joh. Georg. III. *in ordinat. milit. de dato Budissin auff den Schloss Ortenburg am* 20. decembr. 1680. *art.* 16.

§. 23. In specie vero prohibentur postulare quae turpia atque illicita sunt, infaustam enim hospitationis praebitionem sublatam voluit Theodosius *in l.* 6. *c. d. metat.* Licet vero per verba legis adducta: *deinde etiam exigere vetantur infaustas hospitationis praebitiones.* Cujacius et Gothofredus *ad h. l. sub lit. n.* innui censeant exhibitionem meretricum, rectius tamen a Brunnem. *ad c. d. metat. n.* 18. ad omnes turpes extorsiones extendi existimo. Confer. *Jac. Gothofred. ad l.* 12. *c. Theod. d. metat. et epidem.* Ita quoque ex voluntate gloriosissimorum imperatorum ipsis interdicebatur, quominus balnea ab hospite suo exigerent. *l.* 6. *c. d. met.* In publicis tamen lavari poterant, nec non flumina ipsa militibus ex hac parte inserviebant. *l.* 13. *c. Theod. d. re milit.* denique miles species exoticas in regione non inventas postulare nequit. *nov.*

130. *c.* 2. quas ordinarie sibi ipsi comparare propriis sumptibus tenentur. *can. milit. caus.* 23. *qu.* 1. add. Maximil. II. *articuls Brief.*

§. 24. Hactenus quidem satis explicavimus, quaenam auctoritate legum eod. officia tum hospitibus tum militibus injuncta fuerint; antequam vero toti dissertationi finem imponamus, pauca adhuc delibare liceat, quae hybernantibus ex publico suppeditabantur. Praesertim vero panes, qui hodie dicuntur commiss. *Brodt* ipsis porrigi moris erat ad sustentationem suam. In quem finem constituebantur non tantum procuratores, quibus excoctionis cura incumbebat *l.* 2. *c. d. excoct. et transl. ann.* sed etiam pistores *vid. tot. tit. c. d. pistoribus.* Cum quibus hodie conferre licet *die* commiss. *Becker.* Tholos. *in synt. jur. l.* 49. *c.* 4. *n.* 21. Horum pistorum praecipuum officium erat, ut panem parum, justi ponderis atque stato tempore in militum usum exhiberent, alias ceu tales, qui militem praecipuo suo solatio privarent, puniebantur. Perez. *ad c. t. d. excoct.* quae omnia nostro tempori convenire experientia nos satis edocere potest. Ad haec etiam in hybernis militibus et quidem a mense novembri reliquoque hyemali tempore vinum novellum praebebatur. Veteris enim dispendiosa videbatur erogatio, ut loquuntur Arcadius et Honorius imperator. *l.* 10. *c. d. milit. ann.* De vino syro hanc explicandam esse legem docet Jacob. Gothofr. *ad c. Theod. l.* 25. *tit. d. erogat. milit. ann.* Novembri autem mense novellum datum est vinum, quia tum despumavit atque ad potum aptum est. Caeterum haec lex tantum accipienda videtur de iis locis, ubi vinum nascitur, et in quibus citra graves sumptus haberi potest; species enim alias, quae in regione non inveniuntur, milites quaerere prohibentur. *nov.* 130. *c.* 2. quod ipsum etiam ita sancitum in edicto *imp. d. ao.* 1664. Id adhuc notandum, quod equitibus in hybernis opus sit pabulo pro equis, hinc foenum militibus hybernantibus justis capitibus praestare jubet imperator *l.* 8. *c. d. erog. milit. ann.*

§. 25. Tandem imperatores Valentinianus et Valens tempore hyberno militi de veste prospexerunt. *l.* 1. *c. d. militari veste.* in qua praecipitur, ut ex calendis septembribus canon vestium inferatur. Cujus collationis sollicitudo ad rectoris provinciae officium pertinebat. Quare autem eo tempore conferri oportebat, ratio haec est, ut vestis haec militi ob saeviorem anni tempestatem concederetur. Ex Lampridii *vita Alex.* constat imperatorem Alexandrum hyeme ingruente militibus ocreas, braccas et calceamenta praeter vestes militares, suppeditasse. vid. Ammian. Marcell. *l.* 27. *p.* 365. citatus a Jac Gothofr. *ad c. Theod. l.* 2. *d. milit. vest. n.* 2. Ceterum qui sacris largitionibus canonem vestium in hunc finem deputatum non inferrent, certa poena afficiebantur *l.* 1. *c. d. mil. vest.* Hodie milites saepe vestes hyemales accipiunt, honoratiores ex panno meliori, gregarii ex viliori, quod tamen illis ex stipendiis detrahi solet. vid. Corvinus *in c. ad h. l.* Perez. *in c. d. vest. mil. n.* 7. Coteri *l.* 1. *de re mil. c.* 33.

TANTUM.

DISPUTATIO SECUNDA

DE JURE BIBLIOTHECARUM.

D. XXII. AUG. MDCCII.

PRO LICENTIA

BURCHARDUS GOTTHELFF STRUVIUS,
BIBLIOTHECAE JENENSI PRAEFECTUS.

PROOEMIUM.

Agitatum jamdudum fuit inter nostrae aetatis eruditos, an de adinventa arte typographica gaudere potius vel conqueri liceat. Sunt, nec pauci, qui singulare illud Dei beneficium adgnoscunt, et non adinventae penitus, expolitae tamen ex priori ruditate artis, Germaniae nostrae laudem tribuunt, praestantiam ejus praedicantes, si qua ferat occasio. Fateor, non abs re hoc esse, nobis incumbere, ut devota mente hanc adgnoscamus Dei clementiam, ut Germaniae nostrae gratulemur, quae reipublicae literariae tanta praestitit, ut utamur hoc beneficio ad summi Dei gloriam. Quod si tamen tot consideramus typographiae abusus, tot impressos libros profanae et improbatae lectionis, obscoenos, vetitos, et qui mores probos vel Christianos corrumpunt, nimium scribendi pruritum, inexplebilem consarcinandi libros bibliothecasve cupidinem, neglectam prae humana divinae sapientiae summam: quod si haec, inquam, atque alia consideramus penitius, habemus quod conqueramur, atque inter vitia praesentis seculi referamus. Habent eruditi sua vitia, ha-

bent sua incommoda; inter quae non minimum est, sapientiam fere ex multitudine librorum aestimari. Fuere quidem, qui in uno vel altero libro omnes latere thesauros sibi persuadere conati. Franciscus Junius codicem sacrorum bibliorum, institutiones, indicem sacrorum, grammaticam ebraeam Cevallerii, tamquam lucernas quatuor sufficere putabat. Philippus Melanchthon Aristotelem, Plinium, Plutarchum, vel hujus loco, Ciceronem et Ptolemaeum bibliothecae instar esse judicabat. Rudolphus Goclenius Aristotelem, Scaligerum patrem, Zabarellam, Schegkium omnia philosophorum adimplere ajebat pulpita, uti Thomas Lansius *comment. de academiis p. m.* 46. tradit. Sed istos, in extrema delapsos esse, satis cuilibet patebit. Nec tamen desunt et hodie, qui in eamdem dilabuntur insaniam, ex qua de cujuslibet genio facile judicare licebit. Facilius condonandum est Ciceroni, qui de oratore cap. XLIV. bibliothecas omnium philosophorum unum XII. tabularum libellum, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare, adserere non dubitat. In alteram partem nimius est Conradus Lancellotus, qui de jure publico personarum *libro I. c. II.* §. 2. 8. librorum multorum copiam esse adpetendam ait, ad sapientiam comparandam. Huic enim cum Seneca respondemus, lib. de tranquillitate animi cap. IX. *Studiorum quoque, quae liberalissima impensa est, tamdiu rationem habeat, quamdiu modum. Quo mihi innumerabiles libros et bibliothecas, quarum dominus vix tota vita sua indices perlegit? Onerat discentem turba, non instruit. Multoque satius est paucis te auctoribus tradere, quam errare per multos. Paretur itaque librorum quantum satis sit, nihil in apparatum. Honestius, inquis, has impensas, quam in Corinthia, pictasque tabulas effuderint. Vitiosum est ubique quod nimium est.* Quicquid sit, vitium est seculi, quod tangit Seneca, priori aetate non incognitum, ita ut conqueramur cum ecclesiastico, scribendi libros, (addimus et congerendi) finis non est. Dandum tamen aliquid est genio temporis, comparandi sunt libri, congerendus rei librariae thesaurus, ordinandae bibliothecae, tum publicae tum privatae, si modo absit pruritus nimius, et vana gloria. De hac librorum in bibliothecas collectione, harumque jure in praesenti aliqua pro muneris ratione edisserere incongruum non erit.

CAPUT I.

De jure bibliothecarum in genere.

CONSPECTUS.

Bibliothecae etymus. n. 1.
Bibliotheca locum notat, in quo reponuntur libri. n. 2.
Bibliotheca notat ipsam librorum collectionem. n. 3.
Sub bibliotheca intelligebant etium armarium. n. 4.
Male dicitur libraria. n. 5.
Germani veteres appellarunt die liberey, quod ex epistolis ineditis Georgii Spalatini probatur. n. 6.
Bibliotheca in media aetate notat Biblia. n. 7.
Aegyptii in bibliothecis primas sibi adserunt. n. 8.
Aegyptios secutae gentes aliae. n. 9.
Maderus et Boulduccus male bibliothecas antediluvianas statuunt. n. 10.
Quae bibliothecae apud veteres numerosiores? n. 11.
Alexandrina olim numerosissima. n. 12.
De hujus librorum numero varii sententiae. n. 13.
Harum conciliatio. n. 14.
Duae bibliothecae publicae erant Alexandriae. n. 15.
Objectioni, tantum illo tempore librorum numerum non fuisse, respondetur. n. 16.
De bibliothecarum usu optimi sunt Morhofius et Naudaeus. n. 17.
Abusus bibliothecarum in librorum consarcinatione inutili consistit. n. 18.
Occupatione bellica adquiri potest bibliotheca. n. 19.
Exemplum in Heidelbergensi, quae in vaticanam translata. n. 20.
Wittenbergensis Jenam translata. n. 21.
Lex Valentis II. C. Theod. de studiis liberalibus explicatur. n. 22.
Curatores bibliothecae qui olim? n. 23.
Antiquarii qui dicti? n. 24.
Custodes bibliothecae qui? n. 25.
Capsarii qui dicti? n. 26.
Salarium antiquariorum unde? n. 27.
Quid de custodibus praescribatur? n. 28.
Libri damnati comburendi. n. 29.
Exemplum ex historia romana. n. 30.
Quid de Luthero decret. comburente dicendum? n. 31.
De libris haereticis lex est Theodosii. n. 32.
Pontificiorum indices expurgatorii. n. 33.
Bulla Clementis XI. quae in bibliotheca barberina libros prohibitos habere conceditur. n. 34.
Theophilus Raynaudus censor librorum iniquus. n. 35.
Nostra de libris prohibitis sententia. n. 36.
An ex possessione librorum haereticorum, haereseos suspicio praebeatur? n. 37.
Quid de libris seditiosis, scandalosis et famosis dicendum? n. 38.
Quid de libris obscoenis, magicis et similibus? n. 39.

Bibliothecae vox greca est, quasi βιβλίου θήκη, et 1
apud graecos et apud latinos tam librorum magnus per se numerus, quam locus ipse, in quo libri collocati sunt, appellatur, secundum Festum. Tris autem potissimum notat, vel locum, ubi reponuntur libri,

2 βιβλος enim graece liber, θηκη repositorium dicitur Isidoro XV. Origg. cap. 5. quare etiam eidem librorum repositio dicitur Origg. lib. 18. c. 9. Hac ratione et locum significari dicit bibliothecam Nerva Ictus *l.* 52. §. 7. *π de legatis* 3. Hunc significatum saepius expressit Cicero. Ad Varronem quidem scribit libro 9. ad familiares ep. 4. tu si minus ad nos, nos accurremus ad te, si hortum in bibliotheca habes, nihil deerit. Eleganter de M. Catone ait libro 3. de finibus c. 2. in Tusculano cum essem, vellemque e bibliotheca pueri Luculli quibusdam libris uti, veni in ejus villam, ut eos ipse, ut solebam, inde promerem. Quo cum venissem, M. Catonem, quem ibi esse nescieram, vidi in bibliotheca sedentem, multis
3 circumfusum stoicorum libris. Inde bibliotheca notat ipsam librorum collectionem. Frequens ita dicitur Ciceroni. Ita bibliothecam suam multorum nummorum adpellat 13. ad familiares epistola 77. et ad Atticum libro 4. epistola 9. se pasci ait bibliotheca Fausti. Labeo scribit: si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem l. 50. *π de contrah. empt.* Utraque adpellatio nobis communis est. Tertio
4 loco sub bibliotheca etiam armarium intelligebant veteres jureconsulti, quod ex verbis Nervae adparet *l.* 52. §. 7. *de legatis* §. 3. adducunt quidem communiter *l.* 12. §. 34. *π de instruct. vel instrum. leg.* ibi tamen bibliotheca potius locum notat, quam armarium. Lexicographi graeci βιβλιο-θηκην male vertunt libra-
5 riam. Quos sequuntur latini, pro synomiuis habentes, Gellii auctoritate adducta libro 5. cap. 4. Sed Gellius potius intelligit, quod nunc vocamus bibliopopolia. Ait enim: apud sigillaria forte in libraria ego et Julius Paulus vir memoria nostra doctissimus, consederamus: atque ibi expositi erant Fabii annales bonae atque sincerae vetustatis libri, quos venditor sine mendis esse contendebat. Locus est clarus et adpellat Gellius librariam, quam Cicero alias tabernam librariam vocat, Philippica II. c. 9. Apud veteres Germanos tamen usi-
6 tatum ut bibliothecam appellarent *die liberey*. Hac voce saepius utitur Georgius Spalatinus, quo Joannes Fridericus elector in congerendo librario thesauro uti solebat, in epistolis, quas ineditas servat bibliotheca mihi demandata. In epistola quidem ad Joannem a Dölzigk. anno 1526. scripta ait: *Weiter zu gedencken von obberührten übrigen Geld, die drey Jahrmarck zu Leipzig gute Bücher in die Liberey zu Wittenberg auf dem Schloss zu kauffen, von Jahr zu Jahr zu bessern. Darzu mann denn der Kirchenperson zu Wittenberg eine verordnen könte, ihr Brodt darmit zu verdienen, die Liberey zu erhalten.* Et in alia, die Junae post Bonifacii 1542. scripta ita ait: *morgen wils Gott, wil ich verdrecken zur Librarey gen Wittenberg, und meinen Weg auf Torgau nehmen.* Et dum Witteberga reversus esset, ad eumdem ita scribit. *Ich bin aufwerts zu Wittenberg bey der Librarey gewesen, und habe Gott lob alle Sachen noch wohl gefunden und gelassen.* Videmus inde, quantam curam bibliothecae gesserit Spalatinus, de qua sibi hodienum gratulantur lenenses, ad quos auspiciis ipsius electoris fuit translata. Angli illam adpellant *a library*. Plures notationes videmus apud Lomeierum de biblio-
7 thecis cap. 1. Unicam tantum ex aetate media, quam debemus Carolo du Fresne addere licebit, scilicet bibliothecam notare bibliorum librum, seu utrumque testamentum, vetus et novum. Peletus quidem cap. 60. et ex eo Durandus libro 6. Rationalis cap. 1. n. 27. *bibliotheca*, ait, *a graeco nomen accepit, et est nomen aequivocum, scilicet locus, in quo libri reponuntur, e. volumen ex omnibus libris veteris et novi testamenti a Hyeronimo compositum.* Quare tales versus in fronte bibliorum metensis ecclesiae inscripti:

Rex Benedicte, tibi haec placeat bibliotheca,
Carle,
Testamenta duo quae relegenda gerit.

Necrologium Victorinum 10. kl. octobris: *qui bibliothecam, quam sibi magna diligentia paraverat, libros scilicet veteris et novi testamenti nobis reliquit.* Plura 8
exempla reperimus apud Fresneum. De primo bibliothecarum auctore res incerta est. Aegyptios sibi in hoc primas adserere, alibi jam demonstravimus, quos si humanae dicamus sapientiae auctores, forsan non aberrabimus: cujus adminicula sunt libri et bibliothecae. Aegyptios secuti fuere Graeci, hos Romani, inter 9
quos Asinius Pollio *primus bibliothecam dicando ingenia hominum rem publicam fecit.* Plinius hist. na- 10
tur. lib. 35. c. 2. Romanos uti in hisce, sic etiam in congerendis bibliothecis imitati fuere Germani, aliique occidentis populi. Maderus quidem libros bibliothecasve ante diluvianas statuit, ipsumque earum auctorem facit Adamum. Eadem fere adstruere conatur Paulus Boulduccus de ecclesia ante legem. Sed explosa haec atque alia, quae de libro Enochi, columnis Sethi et ejusdem farinae proferuntur, jamdudum fuere. Aliena enim a simplicitate prioris temporis erat res bibliothecaria: nec ante confusionem babilonicam libri erant, nec ante diluvium umbra quidem bibliothecae extitit. Post linguarum ita confusionem literae coeperunt, crescentibus literis libri, ex horum congestione sedula bibliothecae. Habebant Aegyptii, Assirii, Persae, Graeci, Romani, gentesque aliae suas bibliothecas, quippe nullam fuisse arbitror gentem, nisi literarum fuerit expers, quae non aliqua librorum collectione usa fuerit. Quaenam vero inter omnes nume- 11
rosissima fuerit, ambigua res est. De Epaphrodito chaeronensi auctor est Suidas, voce ἀναχιχωριτικότων, quod paraverit librorum μυριάδας τριῖς *triginta millia*, hosque σπουδαιους καὶ ἀναχιγωριτικότους bonos et a vulgi notitia remotos. De Tyrannione, antea dicto Theophrasto, praedicat Hesychius περὶ σοφων *p. m.* 39. *ed Meursii*, quod a Lucullo captus et dives Romae factus ἐκτήσατο βιβλίων ὑπὲρ τὰς τρῖς μυριάδας *congesserit supra triginta millia librorum*. Athenaeus δειπνοσοφ. libro 1. c. 1. Larensium uti ab aliis, sic ab eo potissimum laudat, quod vetustorum librorum graecorum parit r ac latinorum tantam copiam congesserit, ut omnes libris coacervandis celebres superaret, Polycratem Samium, Pisistratum Atheniensium tyrannum, Euclidem athenaeum, Nicocratem cyprium, Pergami reges Euripidem poetam, Aristotelem philosophum, et qui horum libros in potestate habuit, Neleum, a quo omnes mercatus Ptolemaeus philadelphus, cum iis, quos Athenis et Rhodi emerat, Alexandriam transferri curavit. Ex his Athenaei verbis 12
facile concludimus, Alexandrinam Philadephi, quae primam quidem origiuem debet Ptolemaeo Lagi, incrementa vero cepit ex locupletissimis graecorum bibliothecis, per diversa incrementa sine dubio extitisse

13 numerosissimam. Communiter hujus numerum ad quingenta millia usque extendunt. Idque auctoritate Josephi 12. antiq. iud: c. 2. qui Demetrium Phalereum inducit Ptolemaeo ad quaestionem, quotnam librorum millia jam haberet congesta, respondentem τῶν μὲν ὑπαρχόντων εἶναι περὶ εἴκοσι, ὀλίγου δὲ χρόνου, εἰς πεντήκοντα συναθροίσειν *in praesenti adesse ducenta millia circiter, sed brevi habiturum se quingenta millia.* Quod ex Aristaei etiam epistola confirmat Eusebius de praeparatione evangelica sub initium libri 8. Freculphus quidem in chronico libro 5. c. 5. de Demetrio Phalereo ait: *interrogatus a Ptolemaeo, quot millia codicum haberet, cum viginti millia jam respondisset, sed pauco post tempore usque quinquaginta millia posse pervenire.* Ast male intellexit Josephum, et vocem μυριάδ-, quae non mille, sed decem millia notat. Senecа de tranquillitate cap. 1. quadringenta millia librorum facit. Gellius sub finem libri sexti ait: *ingens postea numerus librorum in Aegypto, a Ptolemaeis regibus vel conquisitus, vel confectus est ad millia ferme voluminum septingenta.*

14 Facile ex Gellii verbis, ubi a Ptolemaeis regibus septingenta ferme voluminum millia collecta dicit, adparebit, non primo statim tempore hunc fuisse numerum. Ptolemaeus Lagi scilicet, primus bibliothecae auctor, fundator et ampliator Philadelphus. Sub quo numerus librorum primum fuit ducenta millia, qui tamen postea ad quingenta usque fuit adauctus.

15 Successores Ptolemaei majora adhuc incrementa dederunt, ita ut septingenta millia librorum constitueret. Duas enim bibliothecas publicas fuisse Alexandriae, scribit Epiphanius libro de ponderibus, *p. m.* 615. primam in brachio, a Ptolemaeo philadelpho constitutam, secundam longo tempore post aedificatam in Serapeo, quae et prioris soror dicebatur. Clare illud dicit Ammianus Marcellinus, ubi de Serapaeo: *in quo bibliothecae fuerunt inaestimabiles, et loquitur monumentorum veterum concinens fides, septingenta voluminum millia Ptolemaeis regibus, vigiliis intentis composita, bello Alexandrino, dum diripitur civitas, sub dictatore Caesare, conflagrasse.* Loquitur Ammianus de bibliothecis, de Ptolemaeis regibus, quod plane nostram firmat sententiam. Connexas autem hasce et continuas fuisse bibliothecas, ex eodem patet, et plenius adhuc tradit Tertullianus apologetico, c. 18. *hodie apud Serapeum, Ptolemaei bibliothecae*
16 *cum ipsis hebraicis literis exhibentur.* Bibliothecarum igitur mentionem facit Tertullianus. Sunt quidem, qui putant, quasi ex librariorum forsan errore, alias non infrequenti, pro quadrigentis, supponenda sint quadraginta, pro septingentis, septuaginta, cum credendum vix sit, tantum librorum numerum jamdum tulisse mundum. Sed qui consideret concinentem, uti loquitur Ammianus, veterum monumentorum fidem, et quod apud Aegiptios omnis fere latuerit sapientia: qui novit ardorem, quem in congerendis libris habeat Philadelphus, atque aemulationem, quam de eo habebat cum Attalis, sane non erit, quod miremur. Si enim pergamenos excipias reges, in unam Aegyptum omnem videbis coactum rei librariae thesaurum. Manebit ergo numerosissima A-
17 lexandrina. De bibliothecarum usu et mediis erigendarum ordinandarumve bibliothecarum multa essent dicenda, sufficiet autem nobis eruditissimus Morhofii polyhistor, et elegantissimus atque rarissimus Gabrielis Naudaei liber sub titulo *l' ad advis pour dresser une bibliotheque*, qui e hisce nobis satis prospicient. Potius consideremus abusum. Sunt, qui con- 18
quirunt libros vanum inde quaerentes gloriam, ut referta sint armaria, non ut iis utantur. Elegans de eo est epistola Isidori Pelusiotae lib. 1. ep. 127. ad Simplicium: *plurimos libros, ut audio, emisti: atque opinione locuples es; eorum lectionem ignorans; atque idem faciens, quod ii, qui frumentum comprimunt, ac tineas alunt. Num libri quoque tinearum patres et nutritii fiunt, cum vinciuntur. Quare aut opibus tuis utere, aut ingentem eruditionem ne laede, nimirum hic quoque comicos sales colligens: (dum librorum corruptor, aut librorum sepulchrum, aut tinearum alior adpellaris,) atque coram Deo accusationem congerens, ut qui ingens utilitatis talentum occultaris, quod aliis quidem conceptum atque elaboratum est, a te autem improbe defossum.* Sufficiat haec Isidori exhortatio ejusmodi librorum adfectatis coservatoribus, si clarius adhuc vitia sua detegi cupiunt. Luciani legant orationem πρὸς ἀπαίδευτον καὶ πολλὰ βιβλία ἀνούμενον, quem justum reperient censorem. Similem satyram in imperitum bibliothecae conditorem videmus in somnio sapientis Petri Firmiani, quam ex gyge gallo adducit Rudolphus Capellus *in lect. bibliothec. memorabilibus.* Ausonius quoque epigr. 44. Philomusum suum, grammaticum ita ridet,

Emptis quod libris tibi bibliotheca referta est;
Doctum, et grammaticum te, Philomuse, putas?
Hoc genere et chordas, et plectra et barbita conde,
Omnia mercatus, cras citharoedus eris.

Modi adquirendi bibliothecam, varii sunt, nec ab aliis 19
sunt diversi. De unico tantum hic nobis sermo erit, an per occupationem bellicam bibliothecae justae adquirantur inter gentes quidem ita receptum, ut bona, quae victus habuit, omnia victoris gerent, uti Plato inquit; πάνθ' τῶν νικωμένων ἀγαθὰ τῶν νικώντων γίγνεσθαι et confirmat Dio Cassius τὰ τῶν ἡττωμένων θοῖς ἀθοῦσιν πρὸς γίνεσθαι uti latius etiam probat Hugo Grotius *de i. b. et p. lib. III. c. 6. n. 2.* Quare etiam ea, quae ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fieri dicit imperator §. 17. *i. de rerum divisione.* Quidquid sit, inter luctuosos minimeque honestos parandorum librorum modos refert Morhofius polyhist. lib. I. c. 4. Exempla habemus haud pauca quae tamen 20
adducere forsan odiosum erit. Unicum Vaticanae hic licebit adducere, de qua Morhofius. *Ipsa*, sit, *Vaticana Heidelbergensis bibliothecae integrae, ut fama est, direptione aucta est. Quamquam aliqui, qui in notitiam secretiorem bibliothecariorum penetrarunt, negant ejus quidquam ad bibliothecam publicam pervenisse, sed per cardinalium privatas bibliothecas fuisse divisam, ac ostendi quidem capsas clausas, in quibus libri reconditi dicuntur, eas tamen esse vacuas.* Sed, licet non negandum, non minima cardinalium bibliothecis incrementa hanc Heidelbergensem dedisse, potiorem tamen ejus partem in Vaticanam fuisse translatam, facile credendum, eam ipse Leo allatius bibliothecae Vaticanae tum praefectus, in Germaniam mitteretur, ad accersendam hanc bibliothecam. Ipse de eo testatur in animadv: in *fragmenta* Etruscarum antiqq. Inghiromi §. 36. *p. m.* 85. ubi ait: *rotunda literarum forma erat, non quae in sphaerae modum*

obvolveretur, a capitali, et quadrata diversâ, sed quae ob artis contentum, et celeriorem scriptionem, quasi in globulos, sed non eos perfectos curvabatur, qualis est hodie in antiquissimis Virgilii codicibus Vaticanis 3225. 3877. *et alio simili quem ipse Heidelberga cum Palatina bibliotheca in Vaticanam advexi: ad cujus fidem antea Virgilii opera omnia in bibliopolio Commeliniano anno* 1603. *sed non bona*
21 *fide vulgata sunt.* Alia translationis species erat Wittebergensis in Jenensem. Coeperat Wittebergae, introducta ibidem anno 1502. academia, bibliothecam Fridericus sapiens, elector, quam Johannes frater et successor insigniter auxit, hujus vero filius, Johannes Fridericus, majora adhuc incrementa dedit. Georgius Spalatinus erat, cujus cura utebatur elector, ad conquirendos undique libros, qui etiam teste Hortledero, tomo I. de causis belli Germanici libro IV. cap. 33. Venetias mittebatur ad coemendos libros, varii ordinis, nulla habita ratione sumptuum. Ex quibus locupletabatur indies bibliotheca. Sed cum infelix elector, postquam ad Mühlbergam captus esset, Wittebergam imperatori dedere cogeretur, ipsius filii ab imperatore impetrarunt, ut bibliothecam Wittebergae collectam, tamquam patrimonium, alio transferrent. Et cum musarum sedes Jenae jamdum esset destinata, eo anno 1548. translata fuit. Sagittarius in vita Joh. Friderici, electoris §. 23. *p. m.* 60. Haec basis bibliothecae publicae Salanae, quae dein ex munificentia principum, academiae nutritorum serenissimorum, accessione instructissimae Bosianae, legato Arumaeae atque Sagittarianae ita crevit, ut academicis reliquis palmam praeriperet. Ab adquisitionibus bibliothecarum atque translationibus pergimus ad earumdem compositionem. In componenda quidem, ordinanda, ornandave bibliotheca, antiqui quam maxime erant solliciti, ita ut singulorem de bibliothecae byzantinae cura legem ederet Valens imperator II. c. Th. de studiis liberalibus urbis Romae. *Antiquarios*, inquit, *ad bibliothecae codices componendos, vel pro vetustate reparandos quatuor graecos et tres latinos scribendi peritos, legi jubemus; quibus de caducis popularibus* (*et ipsi etenim videntur e populo*) *competentes impertiantur annonae: ad ejusdem bibliothecae custodiam conditionalibus et protinus adponendis.* Tria praescribit hac lege imperator; antiquarii statuuntur septem ad bibliothecae codices componendos, vel pro vetustate reparandos, et quidem in graeca regione, plures graeci,
23 quam latini. Triplex enim ordo erat eorum, qui bibliothecae olim curam gerebant. Erant curatores, sive ipsi bibliothecae praefecti: uti de Constantio, quem Themistius oratione XIII. praedicat, quod primus Byzantii bibliothecam aperuerit, *καὶ τατθεὶς μὲν ἄρχοντα*
24 *ἐπὶ θῷ ἔργῳ.* Horum erat omnia ordinare, quare et ἄρχοντες dicti. Erant antiquarii, quorum officium in eo constabat, ut veteres codices componerent, vel pro vetustate repararent. Scilicet cum pro more aevi codicibus tantum uterentur manu exaratis, tot ad describendos componendosve codices requirebantur in tali bibliotheca qualis byzantina erat. Quo sensu et alii antiquarios describunt. Videmus illud in Augustino de verbis Domini serm. XLIV. *quemadmodum qui videt literas, in codice optime scripto, et non novit legere, laudat antiquarii manum, admirans apicum pulchritudinem.* Et apud Sinodium libro IX. ep. XVI. Cassiodorum divinarum lectionum c. XV. et XXX, belle eos Themistius describit, quod sint *οἱκανοὶ λέγειν θόνουν μεθοικίζειν ἐκ παλαιοῦ σκήνους ἐκτετηκότος εἰς ἀρθιπαγῆ θεὸν καὶ νεουργὸν qui ea facultate praediti sunt, ut mentem ex antiquo et universo tabernaculo in recens ac nuper fabricatum transferant, sive, ut uno verbo dicam, qui antiquos codices norunt describere.* Quare etiam Isiodorus libro VI. cap. 14. ita inter eos et librarios distinguit, ut illos dicat, qui tantummodo vetera, hos, qui nova et vetera scri- 25
bant. Tertius ordo in bibliotheca erant custodes, qui 26
de bibliothecae custodia essent solliciti. Alii a custodibus erant capsarii, sive qui portant libros, uti ipse Ulpianus explicat *l.* 13. *ff. de manum. vindicta*, pueris quidem in scholam euntibus, ita dicti, quia in capsa libros portabant, uti ex Juvenale discimus satyra X. v. 116.

Quisquis adhuc uno partam colit esse Minervam, 27
Quem sequitur custos angustae vernula capsae.

Alterum, quod hac lege praescribit imperator, est de salario antiquariorum, ut de caducis popularibus competentes impertiantur annonae. Annonae, quae in urbe Constantinopoli praebebantur, ex publico triplices erant: palatinae, palatinis; militares, militaribus: populares reliquo ordini, qui popularis dicebatur *l.* 7. *c. de annonis civicis.* Palatini non erant antiquarii, nec militares, e populo ergo. Hae vero populares annonae quandoque fiebant caducae et deberi desinebant, atque fisci viribus vindicabantur *l.* 1. *c. th. de annonis civicis*, ex his salarium statuitur antiquariis. 28
Tertium, quod praescribit haec lex, est de custodibus, quos ex conditionalibus sumi vult, sive iis, qui conditione personae suae et officii munerisque ita adstricti sunt, ut conditioni, sive tormentis et quaestioni subjici possint. In componenda bibliotheca dispicien- 29
dum, an libri cujuscumque generis in eamdem sint reponendi, an damnati, haeretici, magici, obsceni, et similis generis. Ulpianus libros, quos adpellamus damnatos, a deos, magico et similes *lib.* 4. §. 1 *fumos. ercisc.* vocat improbatae lectionis, atque haec omnia protinus esse corrumpenda decidit. Tales sunt, quos acta apostolorum ad περίεργα referunt cap. XIX. 30
vers. 19. atque comburi jubent. Simile in historia romana videmus exemplum. Cum enim ex ethnicis quidam progressum christianae religionis invidentes magicis artibus futurum imp. sciscitare conarentur, res vero comperta esset, congesti innumeri codices et acervi voluminum multi sub conspectu judicum concremati sunt. Ammianus Marcellinus libro 29. cap. 18. Petrus Aerodius rerum judicatarum libro 8. cap. 12. Sed de Lutheri ardore quid dicendum, qui cum 31
anno 1520. per bullam papalem publice esset proscriptus, et ipsius libri Romae aliisque Belgii et Germaniae civitatibus essent combusti, ipse quoque rogum ingentem extra muros Wittebergenses extrui, eidemque in multorum praesentia decretum Gratiani, decretales pontificum, Clementinas et extravagantes, dein bullam Leonis imponi fecit, ignemque ipse subjecit, voce sua proclamans, *quia turbasti sanctum Domini, aeterno igne comburaris.* Quod tantum sugillat Maimbourg *histoire de Lutheranisme s.* 32. Sed ipsum audiamus Lutherum hac de re loquentem. Hic enim cum tomo II. *lat. jen. fol.* 334. triginta ex juris pontificii libris sententias attulisset, ob quas comburi meruis-

sent, addit tandem: *hi enim sunt initium tragoediae, siquidem hactenus cum causa papae lusi tantum et jocatus sum. At quoniam audent meos articulos comburere in quibus plus evangelii et veritatis theologiae est (id quod sine jactantia et cum veritate dicere et probare possum) quam in omnibus papae libris multo majore merito et jure impii eorum libri juris exuri possunt, in quibus nihil boni inest. Quod si in illis etiam aliquid boni inesset, quod de decretis fateri cogor, totum tamen eo detortum est ut noceat, et papam in sua antichristiana et impia tyrannide confirmet.* Multa contineri impia in decretalibus, quae combustione digna, non negamus, an privata autem auctoritate id fieri liuerit, plane dubitamus. Heroicum quid erat in Luthero, quod ad exem-
32 plum non trahendum. De libris haereticis atque heterodoxis lex est Theodosii VI. C. de haereticis atque Manichaeis: *nec vero impios libros nefandi et sacrilegi Nestorii adversus venerabilem orthodoxorum sectam decretaque sanctissimi coetus antistitum Ephesi habiti scriptos, habere aut legere aut describere quisquam audeat, quos diligenti studio requiri ac publice comburi decernimus.* Quod postea confirmavit imperator *Novella XLII. cap.* 1. §. 2. Non improbamus quidem hunc imperatoris ardorem, si non abuterentur hac constitutione Theologi, qui videri nolunt orthodoxi, damnantes, quidquid non ex ipsorum loquendi formulis, terminisve metaphysicis est compositum. Inde quoque emanarunt pontificiorum indices expurga-
33 torii, egere et pos idere prohibentes scriptores, nisi prius bene castratos, de quibus latius egit Daniel Francii. Quare singulare plane est, atque a pontificiorum statu alienum, quod barberinae bibliothecae Clemens
34 IX. concessit privilegium, quo libros quoscumque prohibitos in eadem habere, legere et tenere concedit. Praemissa haec pontificis bulla est duobus tomis indicis hujus bibliothecae, qui Romae 1681. prodiit qui cum admodum sit rarus, integram bullam hic adducere licebit, quae talis est: *Clemens p. p. 9. ad futuram rei memoriam. Conscientiae securitati, ac indemnitati illorum qui nunc possident, et pro tempore possidebunt bibliothecam in palatio familiae barbarinae ad quatuor fontes de urbe sito constitutam: illorumque bibliothecarii, quantum cum domino possumus, consulere volentes, motu proprio et ex certa scientia nostra, ac de apostolicae potestatis plenitudine, possessori nunc et pro tempore existenti bibliothecae hujusmodi, ejusque bibliothecario, ut quorumvis haereticorum et haeresiarcharum, ac aliorum reprobatorum auctorum cujuscumque sectae et classis, etiam primae, et ex quacumque causa, etiam ob fulsi dogmatis suspicionem a praedecessoribus nostris Romanis pontificibus, ac etiam in quibusvis conciliis generalibus, ac etiam a nobis, et sede apostolica quomodolibet prohibitos et damnatos, ac a nobis, successoribusque nostris Rom. pontificibus, sedeque apostolica in posterum forsan prohibendos, et damnatos libros, manuscripta et opera, tam hactenus in lucem edita, quam in posterum edenda, seu scribenda, quaecumque, etiamsi ex professo et in capite de religione et fide catholica, et seu contra religionem, et fidem easdem tractent, in bibliotheca praedicta collocatos, et collocata, ac in futurum quandocumque collocandos et collocanda habere, legere et tenere, ac ad illos, qui illi ea in re successori erunt, transmittere libere, et licite ac impune, et absque ullo conscientiae scrupulo, ac quarumcumque ecclesiasticarum sententiarum et censurarum, vel aliarum poenarum etiam irregularitatis, infamiae aut inhabilitatis incursu possint, et valeant, apostolica auctoritate tenore praesentium concedimus et indulgemus. Decernentes, eos, et eorum quemlibet super praemissis, seu praemissorum causa, et occasione ullatenus molestari, perturbari, aut inquietari non posse, sicque et non aliter in praemissis per quoscumque judices ordinarios et delegatos, etiam causarum palatii apostolici auditores ac r. s. e. cardinales, generales, inquisitores, etiam de latere legatos, et quosvis alios, quacumque auctoritate fungentes, et functuros, sublata eis, et eorum cuilibet quavis aliter judicandi et interpretandi facultate et auctoritate judicari et definiri debere, ac irritum et inane, si secus super his a quoquam quavis auctoritate scienter, vel ignoranter contigerit attentari. Non obstantibus praemissis ac quibusvis apostolicis nec non in universalibus et provincialibus conciliis editis, et edendis specialibus vel generalibus constitutionibus et ordinationibus, nec non prohibitionibus desuper factis et imposterum quomodolibet faciendis. Quibus omnibus, et singulis, etiamsi de illis, eorumque totis tenoribus, specialis, specifica, expressa et individua, ac de verbo ad verbum, non autem per clausulas generales idem importantes mentio, seu quaevis alia expressio habenda, aut aliqua alia exquisita forma ad hoc servanda foret, illorum omnium tenores praesentibus pro expressis et insertis habentes, ad praemissorum effectum dumtaxat, illis alias in hoc robore permansuris, latissime derogamus, ceterisque contrariis quibuscumque. Volumus autem, quod libri, scripta et opera praedicta, quae de religione seu fide, vel contra religionem et fidem orthodoxam tractant, seu tractabunt, secreto et sine aliorum scandalo ac periculo retineantur, praesentesque possessori bibliothecae hujusmodi, ac bibliothecario pro tempore ab eo deputato seu deputando dumtaxat suffragentur. Datum Romae apud sanctam Mariam majorem sub annulo piscatoris die 17. maji MDCLXIX. pontificatus nostri anno secundo.* Haec verba bullae papalis. Nimis 35
est audacis, quam sibi sumpsit Theophilus Raynaudus, dum erotemata de malis ac bonis libris ederet, deque justa aut injusta eorum confixione: in quibus censet libros an consentiant cum ecclesia, num dissentiant, et quae configi aut expungi debeant in illis, quae ferri contra et admitti possint, sed cum intolerabili audacia ipse impie nimis sentiret de quibusdam religionis christianae libris, hoc eo promeritus fuit, ut et ejus opera in indicem expurgatorium essent relata. Quantum ad nos, concedimus lubentissime, principem esse atque magistratuum, providere, 36
ne quid libris damnatis et haereticis detrimenti capiat respublica, cavendum tamen, ne damnentur, uti fieri adsolet, et pro haereticis habeantur libri, qui tales non sunt. Si qui tamen improbatae lectionis libri fuerint, illos non publice quidem divendere licebit, adservandi tamen sunt, si eorum copia possit haberi, in bibliothecis, et in loco separato reponendi, ne in omnium adspectum veniant. Quaerunt quidem 37
doctores, an ex eo, quod quis haereticos libros ha-

brat, suspicio haereseos praebeatur, atque adfirmant per *l.* 6. *c.* §. 1. *de haereticis*, idque eo extendit Franciscus Bursalus *cons.* 90. *p. m.* 548. ut et possessores puniri posse velit, sed recte cum Brunnemanno limitat b. parens *pro gemyn. ad cod. ad d. l.* nisi alius finis ostendatur, qui in bibliothecarum collectione ad servandam rem literariam potius praesumi-
38 tur. Idem fere dicendum erit de libris seditiosis, famosis, scandalosis et similibus. Licet enim per *tit.* 35. *ordin. polit. Francofurt. de anno* 1557. tales libros imprimi et vendi plane prohibitum sit: nullibi tamen prohibitum, tales in bibliothecis haberi, cum interesit potius rei literariae, servari talia scripta, nec tamen propalari, maxime si contra imperatorem sint et imperium. Reformatio quidem politica Augustae *de anno* 1548. *tit.* 34. etiam emptoribus librorum famosorum carcerem dictat, sed ea tantum ex ratione, ut ipse testetur, unde librum acceperit quo eo melius de auctore et typographo constare possit, de iisdem-
39 que meritae poenae sumi. De libris magicis, obscoenis, aliisque, qui contra probos mores, nullum est dubium, publice eos imprimi, vendi ac habere non licere *l.* 4. §. 1. ff. *fam. ercisc. ord. polit. Francofurt. de anno* 1577. *tit.* 35. *et reform. polit. Augustae de anno* 1548. *tit.* 35. Comburendos etiam tales libros potius, quam adservandos in bibliothecis, judico, cum tantum praecautioni vix adhiberi possit, ne cujusquam mores inde offendantur. Si quis tamen locus in bibliothecis adhuc concedendus, obsignandi sunt tales libri, et in bibliothecis publicis condendi, privatis vero horum usus nequaquam concedendus.

SECTIO SECUNDA

De jure bibliothecarum ratione actuum inter vivos.

S U M M A R I A

Publice bibliothecae an et qua ratione possint alienari. n. 1.
Bibliotheca per aversionem vendita, venditor de evictione non tenetur. n. 2.
In libris vero ad numerum venditis evictioni locus est. num. 3.
Bibliotheca etiam vendita, ob laesionem ultra dimidium ad rescissionem agi potest. n. 4.
Non vero si unus vel alter liber fuerit evictus. n. 5.
Exempla translatarum bibliothecarum. n. 6.
An princeps bibliothecas ex suis provinciis in ducalem suam possit transferre? n. 7.
Bibliothecae commodato dari possunt. n. 8.
An illiteratus usum bibliothecae, qui ipsi concessus, literato possit locare? n. 9.
Bibliotheca penes tertium depositа, quid depositarius praestet? n. 10.
Bibliothecae quo tempore praescribantur? n. 11.
Ob bibliothecam injuste detentam locum habet juramentum in litem affectionis. n. 12.
Bibliotheca in dotem dari potest. n. 13.
Domus ad bibliothecam in fundo dotali extructa ad quas impensas referatur? n. 14.
Hispanorum doctorum de eo sententia refellitur. num. 15.
Bibliopola libros in bibliotheca repertos, nec dum solutos, in concursu creditorum non vindicat. n. 16.

1 Varii sunt actus inter vivos, qui in bibliothecarum ratione interveniunt, e quibus potiores tantum hic adducemus. Alienari posse bibliothecas, utpote quae sunt in dominio, nullum est dubium. De publicis vero disquiritur, an alienationi sint subjectae. Istae scilicet aliter considerari non possunt, ac aliae res universitatis, quae nullius privati sunt, sed quarum usus perpetuus spectat ad certam universitatem et singulis usum praebet, qui in ista civitate vivunt; inde regulariter alienari non possunt *arg. pr. l.* 6. ff. *de contrah. empt.* Uti vero in aliis rebus civitatis sub certis solemnibus alienatio admittitur, iisdem adhibitis, consensu scilicet superioris, et singulorum, qui sunt in universitate, praevia causae cognitione, publicae etiam bibliothecae alienari potuerunt. Quae solemnia pluribus exponit illustris Praeses de cautelis contract. *sect. I. c. III.* §. 16. 17. Quod si vero bibliotheca privata fuerit vendita, an de evictione singulorum librorum teneatur vendito, disquiritur: et quidem, si per aversionem fuerit vendita, idem obtinebit, ac in univer- 2
sitate corporum, v. g. grege, scilicet non teneri *arg. l.* 35. §. 6. *de contrah. empt.* Id quod ad bibliothecam adplicat Frantzkius *tit. de evictionibus n.* 166. qui hanc adsignat rationem, quod quamvis plures libri accedant, vel removeantur, eadem tamen bibliotheca maneat *arg. l.* 76. ff. *de judiciis.* Secus si libri 3
singulatim atque ad numerum fuerint venditi, tunc enim evictioni locum esse, certum est *arg. l.* 72. ff. *de evictionibus.* De hoc etiam, si res ad quantitatem fuerit vendita, intelligenda est *l.* 34. ff. *de aedil. edicto.* Vid. beatus parens *synt. i. c. ex. XXVII.* §. 22. Rescinditur quandoque emptio venditio ob laesionem 4
ultra dimidium, sed an etiam in bibliotheca vendita de rescindenda agi possit, omnino dubium videtur. Quod si rem secundum generalem juris regulam examinemus, certum omnino est, rescindi posse per *l.* 2. *cap. de rescind. vend.* Illud tantum considerandum, qualiter aestimatio instituenda. Variat enim librorum pretium pro ratione loci, temporis, emptoris, aliarumve circumstantiarum. Petrus Gregorius de republica libro 16. c. 10. Dicis lex autem pretium commune et certum requirit. Gailius *libro* 2. *obs.* 8. *n.* 4. Sed aestimanda est laesio secundum tempus contractus, Antonius Faber *libr.* 4. *cod. tit.* 30. *def.* 9. et probanda est per testes atque peritos rerum aestimatores, b. parens *ex.* 30. §. 86. quales sunt bibliopolae. Cum autem in bibliothecis saepius reperiantur codices manuscripti, libri rariores et alii, qui ultra intellectum sunt bibliopolarum, eruditi quoque, qui librorum periti, simul sunt adhibendi, atque ex horum aestimatione verum pretium statuendum. Pluribus ta- 5
men libris, certo licet pretio in singulos libros constituto, venditis, ob laesionem enormem, quae in uno vel altero libro accidit, remedium illud *l.* 2. *c.* non admittitur. Boërius *decis.* 253. Lauterbach. *in coll. theor. pr. tit. de contrah. empt* §. 38. Marcus Rho-

dius *de libris eruditorum cap.* 2. *n.* 54. Quid vero locum habeat in venditione, quae fit sub hasta bibliothecarum, sive in auctionibus, infra dicemus. Alienationi obnoxias esse bibliothecas, jam demonstravimus, an vero jure et commode in alium locum transferri possint, considerabimus. Exempla ex seculo decimo sexto sunt varia. Heidelbergensis quidem in Vaticanam; maxima pars Budensis in Vindobonensem; Pirnensis, Pegaviensis Cellensis aliorumque monasteriorum circumjacentium in Lipsiensem Paulinam; aliae in alias fuere translatae. Quae translationes vel per occupationem bellicam, vel circa initia reformationis accidere. Illud tantum hic dicemus, an principi vi summae potestatis, liceat bibliothecas templorum, academiarum, gymnasiorum vel universitatum quarumvis proprias ex territorio suo undique congestas in sedem suam et ducalem, quam erexit, bibliothecam transferre. Et dicendum, hoc ipso principem laedere jus naturae et obligationem, quam subditis debet, cum ipsius potius sit, parta universitatum tueri, quam hasce patrimonio suo legitime parto privare, vid. b. parens *exerc.* 2. §. 9. nisi utilitatis publicae intersit, ut uno in loco, quo librorum usus maximus, ex omnibus uribus congerantur, ita tamen, ut prioribus universitatum possessoribus jus suum quaesitum maneat. Bibliothecam commodato dari posse, nullum est dubium, si modo nulla mercede accepta vel constituta utenda data fuerit §. 2. *inst. quib. modis re contrah. oblig.* alioquin mercede interveniente, locatus potius usus videbitur, si quidem merces consistat in pecunia numerata *l.* 5. §. 2. *de p. v.* vel contractus innominatus, si alia species certa pro usu rei fuerit data vel factum aliquod praestitum *l.* 22. *π. de p. v.* §. 2. *inst. locati conducti.* Mantica de tacitis et ambiguis conventionibus *libro* 4. *tit.* 19. *n.* 22. Marcus Rhodius *de libris eruditorum cap.* 2. *n.* 7. Quod si vero usus bibliothecae illiterato fuerit concessus, an eumdem erudito, qui melius uti novit, pro certa mercede possit locare, disquiritur? Negativa quidem verior videtur, eo quod imperator ab eo usum usufructu deteriorem dicit, quod nulli alii jus, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis possit concedere usuarius §. 2. *inst. de usu et habitat.* Ita tamen extendunt doctores, ut quoties ipse usuarius, re in usum concessa, uti nequeat, toties illam alteri locare possit, maxime, si quis, qui usum reliquit, sciverit, tunc enim videtur de usu consensisse *l.* 12. §. 4. *π. de usu l.* 22. *pr. eod.* b. parens *ex.* 12. §. 58. Marcus Rhodius *de libris eruditorum cap.* 2. *n.* 94. Quod si bibliotheca penes tertium fuerit deposita, depositarius usum illius non habet, nisi majus quid ad dolum et latam culpam praestare velit; obligatur tamen, ut rem custodiat et adservet, eamdemque cum omni causa restituat §. 3. *inst. quib. modis de contr. oblig.* Suborto autem incendio, vel alio quovis casu simili depositarius bibliothecam apud se depositam suis rebus praeferre non tenetur, quando utrasque salvas facere nequit. B. parens *ex.* 21. §. 37. Praescribi etiam possunt bibliothecae, de tempore vero, quod ad praescriptionem requiratur, dubium est. Si quidem consideremus ac rem mobilem, triennio usucapi cum aliis, certum est *pr. inst. de usucapionibus.* De jure saxonico vero requiri annum et diem, Jahr und Tag, b. parens *ex.* 43. §. 25. Et licet quidem bibliotheca ex rebus mobilibus consistat, et in successione omnia inter res mobiles, unter die fahrende Habe, sit referenda, cum tamen non facile de loco in locum moneatur Berlich. *p.* 2. *dec.* 92. ratione praescriptionis mediam quasi naturam induit. Quod si enim de jure saxonico annus tantum praescriptioni bibliothecae relinqueretur, nihil sane facilius, quam bibliothecas posse praescribi. Ideoque ad praescriptionem bibliothecae requiruntur inter praesentes decem; inter absentes viginti anni *pr. inst. de usucapionibus.* Jure saxonico vero, quod unicam tantum praescriptionem longi temporis novit, annis triginta et uno, sex septimanis et tribus diebus. B. parens *ex.* 43. §. 25. Si quis vero bibliothecam alterius ultra modum et tempus detineat, damna quae forsan oriuntur, eum omnia resarcire debere, omnino certum est. Sed an etiam juramentum in litem affectionis locum habeat, quaeritur? Quod affirmamus omnino, ex contumacia enim non restituentis aestimanda erit ultra justum pretium *l.* 1. *π. de in litem jurando*, tunc enim aestimatur, quanti in litem juraverit actor. *l.* 2. *π. d. t.* Requiritur tamen ut dolus adsit, culpam enim judex aestimat *l.* 5. §. 2. *d. t.* Ex parte actoris vero adesse debet affectio in rem, librum librosve, qua invitus carere debeat *l.* 3. §. 1. *π. d. t. l.* 8. *et* 9. *rerum amotarum.* Potest etiam bibliotheca in dotem dari, utpote res, quae est in commercio, sed de ejus restitutione quid ajendum? Idem hic dicendum ac in rebus aliis. Si quidem aestimato bibliotheca in dotem fuerit data, non ipsa, sed ejus aestimatio erit restituenda, cum hoc casu dominium quasi contracta emptione transferatur. *l.* 10. *pr. π. de jure dotium.* Quoties autem non aestimata bibliotheca in dotem fuerit data et melior et deterior mulieris fiet, uti ipsa lex loquitur. Quare etiam ipsa si adhuc exlet, restituenda erit. Si vero fundus instructus in dotem fuerit datus, et quis vel domum vel museum ad bibliothecam suam ibi reponendam in eo extruxerit, videndum, ad quas impensas hoc referatur. Necessarias quidem non esse certum est, nec voluptuarias, utiles itaque impensae erunt, utpote quae meliorem faciunt dotem *l.* 79. §. 1. *π. de v. s.* Immo magis adhuc patet ex verbis: *doctrinam puerorum et arg. l.* 6. *π. de impensis in rem dot.* verbis *si servos artes docuerit.* Haec enim dictae leges ad utiles referunt. Deducere itaque maritus potest hasce impensas. Doctores hispani quidem tribus tantum casibus deduci posse volunt, ut si dominus alias facturus fuisset utiles hasce impensas, si alias rem ipsam utiliter mel orem factam venditurus, et si dives sit, atque habeat, unde utiles impensae exsolvantur, quos ex *l.* 38. *π. de r. v.* deducunt. Sed nec sine difficultate partitio ista est, uti bene judicat Garsias de expensis *cap.* 1. *n.* 20. nec in praxi hodie recepta. Potius ob utiles impensas retentio opposita exceptione doli mali conceditur *l.* 7. §. 1. *de impensis in res dotales*, maxime si voluntate mulieris factae fuerint *l.* 8. *π eod.* Si tamen maritus ultra necessitatem et utilitatem multa consumpserit in ornatu et similibus, voluptariae potius erunt, quae speciem dumtaxat ornant, quam utiles *l.* 79. §. 2. *de v. s. l.* 7. *pr. de impensis in res dotales.* Usufructuarius autem impensas nec petere nec tollere potest, refixa autem vindicare *l.* 15. *π. de usufructu.* In concursu creditorum saepius venit, ut cum bona reliqua non sufficiant ad solvenda debita, bibliot ecae simul divendantur. Et quidem

quaerunt doctores, an bibliopola libros, quos in bibliotheca doctoris, vel eruditi decoctoris repetit, possit vindicare? Adfirmat Beutherus de jure praelationis *p.* 1. *c.* 22. etiamsi ligati sint; contrarium rectius tenet Zasius *in l.* 23. *π. de r. c.* Berlich. *concl.* 64. *n.* 26. Quam sententiam etiam sequitur Carpzov. *p.* 1. *c.* 27. *def.* 17. *n.* 3. cum rem tradendo secutus fuerit fidem emptoris, ideoque inter hypothecarios referatur, nisi libros venditos nondum tradiderit *l.* 13. §. 18. *π. de act. empt.* Antonius Faber *in codice libro* 8. *tit.* 7. *def.* 6. *n.* 1. Mercedem vero bibliopegi ad chirographarios etiam referimus.

SECTIO TERTIA

De jure bibliothecarum ratione actuum ultimae voluntatis.

S U M M A R I A.

Bibliotheca ducalis spectat ad primogenitum, n. 1.
Publicae tamen bibliothecae a principum privatis distinguendae. n. 2.
Si bibliotheca sub certis conditionibus publico fuerit legata, istas secundum utilitatem publicam interpretari licebit. n. 3.
Bibliotheca familiae qua ratione publico possit concedi? n. 4.
Exemplum in Rehdigeriana Vratislaviensi. n. 5.
Ad quod peculium sumptus ad bibliothecam referantur? n. 6.
Distinguendum inter libros ad studia et bibliothecam. n. 7.
Bibliotheca non spectat ad Heergewettam. n. 8.
Eximuntur tamen ex bibliotheca libri ad geradam, n. 9.
Bibliotheca legata, non armarium solum, sed etiam libri veniunt. n. 10.
Legata bibliotheca veniunt etiam armaria, si mobilia. n. 11.
Habebant veteres bibliothecas in villis suis. n. 12.
Fundo instructo legato, bibliotheca venit. n. 13.
Non vero si tantum apotheca fuerit librorum. n. 14.
An domo instructa legata bibliotheca veniat? n. 15.
Explicatio l. 52. *π. de legatis* 3. *n.* 16.
Sub legato bibliothecae veniunt libri cujusvis generis etiam libri scripti. n. 17.
Chartae purae sub bibliotheca non comprehenduntur: libri vero nondum compacti. n 18.
Sub legato bibliothecae non comprehenduntur libri, quos proprio sumptu imprimi fecit testator: nec quos pignoris loco tenet. n. 19.
Legata bibliotheca, an etiam illi libri, qui post legatum scriptum empti, veniant? n. 20.
In fideicommissis illi tantum libri restituendi, qui tempore testamenti fuerunt. n. 21.
Legata bibliotheca etiam instrumenta mathematica veniunt. n. 22.
Bibliotheca sub conditione relicta, quando debeatur? n. 23.
Si testator plures possideat bibliothecas, et bibliothecam legaverit, quid juris? n. 24.
Si pater juridicam juris studioso, medicam medico legaverit, utramque capiat qui in utroque doctor erit. n. 25.
Legatum bibliothecae sub conditione si quis in alterutra facultate doctor fiat, valet, si tantum in una. n. 26.
Pater si filio juridicam et alteri medicam bibliothecam legaverit quid obtineat? n. 27.
Jureconsultus alteri bibliothecam legans intelligit omnes libros quotquot possedit. n. 28.
De legato bibliothecae in genere. n. 29.
Si liber ex bibliotheca legatus. cujus sit electio? n. 30.
In optione legata quid obtineat? n. 31.
Centum libris legatis centum debentur volumina. n. 32.

In successionibus, legatis et causis ultimarum voluntatum saepius versantur bibliothecae. In successione quidem, quae fit ab intestato, dubium non est, bibliothecam privati aequis partibus dividi, vel compensari inter liberos, in publicis vero, vel ducalibus alia est ratio. In terris enim, in quibus primogeni- 1
turae jus obtinet, primogenitus territorium adquirit cum omnibus juribus et accessionibus *a. b. tit.* 20. per verba, *principatum ipsum cum terra, vassallagiis, feudis et dominio ac ejus pertinentiis universis dignoscitur possidere.* Goldastus *Reichssatzungen part. I. ad annum* 1353. *et* 1356. *f.* 153. *et* 153. Sub istis autem accessionibus varia continentur, etiam res, quae vel ad usum publicum, vel domini dignitatem aut splendorem tuendum sunt destinatae, inter quas varius adparatus referendus, praecipue vero bibliotheca publica, Henricus Coccejus *in juris publici prudentia cap.* 27. *n.* 21. Quare nec princeps pater in primogeniti praejudicium aliter disponere poterit, cum jam jus quaesitum habeat, quod ipsi auferri nequit. Successores vero singulares in quibus haec ratio primogenitorae cessat, ex aequis partibus bibliothecam dividunt. In electoratibus vero qui individui sunt, *a. b. tit* 7. *et* 24. bibliothecas etiam ipsis adnexas esse censendum, uti et accessiones alias. Hoc vero tantum ita intelligen- 2
dum est, si bibliothecae fuerint publicae; quod si vero princeps privatam tantum ad proprium usum erexerit, illa ad allodialia alia erit referenda. Exemplum habemus in serenissima domo Brunsvicensi. Guelferbytana publica est, et cum ducatu primogenito cedit. Serenissimi principis senioris, Rudolphi augusti bibliotheca, quae Brunsvici est, licet admodum sit instructa, tamen cum pro privatis principis curis fuerit erecta, dispositioni serenissimi principis, vel justae successioni subjacet, cum ad usum publicum non sit destinata vid. Coccejus *c. l.* Si vero bibliotheca aliqua 3
sub hac conditione legata vel donata fuerit publico, ne misceatur reliquis, vel ne quidpiam distrahatur, etiamsi in duplo sint libri, vel etiam ne usus bibliothecae concedatur singulis, ad quos alias spectaret, vel sub conditionibus aliis: servanda quidem est voluntas testatoris, interpretanda tamen ita est, prout reipublicae fuerit utilior *arg. l. utilit tem* 10. *π. de confirm. tut.* Ita cum rei litterariae intersit, ut usus bibliothecarum concedatur eruditis, ut libri, quibus publicae bibliothecae crescunt, secundum ordinem litte-

rariam disponantur, ut isti, qui in duplo, vendantur, atque eorum loco alii comparentur, testatoris voluntatem ita, pro ratione utilitatis publicae interpretari licebit. Non tamen soli illud agere poterunt executores testamentarii, cum ipsorum potius sit, ut ultimam voluntatem tueantur, provideant curentque, ne quid in testamento sine exitu et effectu sit, Mevius *ad jus lubecens. p.* 2. *tit.* 1. *art.* 15. *n.* 6. sed ut ex decreto magistratus praevia causae cognitione fiat, necesse est. Simon de Practis *de interpr. ultim. volunt. lib.* 5. *dub.* 4 11. *n.* 21. *et seqq.* Sunt, qui bibliothecas suas perpetuas esse volunt familiae, atque liberum hoc esse cuilibet ita disponere, qui rerum suarum arbiter, certum est, et nisi aliud quidpiam dispositum, penes seniorem talis bibliotheca erit collocanda. An autem talem bibliothecam publico concedere licebit? Et quidem *arg. d. l. utilitatem* licere omnino statuimus, si accesserit omnium, qui sunt in familia, consensus, ita tamen, ut adquirentis et testatoris semper servetur memoria. Hujus exemplum habemus in Rehdigeriana 5 vratislaviensi. Thomas enim Rehdigerus de Schlisa insignem bibliothecam permagnis erogationibus congesserat, priscae antiquitatis nummis, monumentis atque ornamentis aliis refertissimam. Hanc coloniae, legitimo testamento condito, adgnatis suis concessit, ita tamen, ut certis in testamento expressis conditionibus ad publicos usus constitueretur, ut non solum posteris ex nobilissimo Rehdigerorum stemmate profectis ornamento esset atque gloriae, verum etiam ut aliis, praesertim eximia quaeque cognoscendi cupidis, ad eam visendi, ibidemque oculos ac animos, vel lectiunculis, vel spectaculis pascendi concederetur licentia, uti verba habent intimationis aperturae senatus vratislaviensis. Haec vero bibliotheca Vratislaviam postea fuit translata, atque ex petito haeredum Rehdigerianorum, adsentiente senatu, in conclave aedis Elisabetanae fuit reposita. Sed cum ob incidentem nonnullorum obitum ac executionem et administrationem in plurimum manus incidentem, atque alia incommoda, tantus rei librariae thesaurus fere abditus, atque armariis suis reclusus conderetur, convenit tandem inter Senatum vratislaviensis urbis et familiam rehdigerianam, ut quidquid ista juris atque proprietatis in bibliotheca Thomae Rehdigeri haberet, id omne Senatui atque publicae rei vratislaviensis cederet, qui locum publicum bibliothecae servantes hujusque curam viro industrio propriis et publicis sumptibus demandantes, quidquid e re bibliothecae esset, prospiceret. Placuit tamen ne unquam fundatoris deleatur memoria, ut priscum nomen bibliothecae rehdigerianae, quibuscumque etiam accessionibus fuerit locupletata, retineat. Utque haec ad perpetuam servarentur memoriam, monumentum aeneum deauratum cum insignibus gentis rehdigerianae fundatoris effigie et solemni inscriptione in uno parietum, quibus bibliotheca includitur, erigendam curaverunt. Uti ipsa encoenia atque alia solemnia, quae in auguratione hujus bibliothecae publicae celebrata fuere, singulari oratione descripsit Janus Gebhardus, primus huic bibliothecae 6 praefectus. In collationum materia bibliothecarum quoque caussa obvenit, et disquiritur omnino an filius sumptus quos a patre ad bibliothecam comparandam accepit, conferre teneatur? Quod si inter sumptus studiorum referimus, eos non conferri certum est per expressam *l.* 50. ff. *fam. ercisc.* Illustris Praeses *de success. ab intest. diss.* 11. *cap.* 3. *n.* 8. Sunt tamen qui distinguunt, an libri filio fuerint empti, durante studiorum cursu, an vero hoc absoluto: illo casu teneri omnino ad collationem putant, non aeque hoc, ea ex ratione, quia durante studiorum cursu filius peculium quasi castrense nondum habeat, quare ipsi donata eo jure aestimari non possunt, absoluto vero studiorum cursu, jam studiis adquirere incipiat et ita peculium quasi castrense initium capiat. Quam sententiam fovet Vinnius *de collatione cap.* 10. §. 11 *et* 12. Zoesius *ad* ff. *h. t. n.* 38. merito tamen reprobat illustris Praeses *de successione ab intestato diss.* 11. *cap.* 3. *n.* 9. tamquam rigidam atque a studiorum favore alienam. Hoc tamen certum est, quod si filius studia eousque non continuaverit, ut illa in utilitatem publicam atque aliorum possit impendere, peculium quasi castrense cessare. Quod si rem penitius consideramus, tota res eo redibit, ut videamus, ad quondam peculium referantur bibliothecae. Enenckel tuetur, si pater det filio doctori, magistro aut licentiato libros et insignia graduum ea effici quasi castrensis peculii *de privileg. parentum et librorum priv.* 8. *n.* 21. cui adsentitur Kremberg *de sumptibus studiorum quaest* 6. quare in collationem non veniunt *per l.* 1. §. 15. *de collationibus* nec etiam donatio revocari potest Andreas Mendo *de jure academico lib.* 3. *qu.* 7 *n.* 51. Quod confirmat Richterus *ad authent. habita c. ne filius pro patre diss.* 5. *ampl.* 8. *p.* 91. Wissenbach. *ad* 7. ff. *vol.* 2. *disp.* 12. §. 54. Nicolaus Reusnerus *lib.* 4. *dec.* 11. Nos cum illustri praeside distinguimus, inter libros et bibliothecam. Libros ad studiorum cursum a patre filio emptos atque traditos non conferri certum est, quia ad peculium quasi castrense spectant. Secus 7 de integra bibliotheca. Redeckerus quidem dissertatione inaugurali apud belgas nuper excusa, de collatione sumptuum studiorum *cap.* 3. *n.* 10. nullam sit sibi videri intercedere discriminis rationem, quominus integra bibliotheca studiorum caussa a patre filio data, etiam ad peculium quasi castrense referatur, atque a collatione sit immunis. Sed omnino discriminis ratio intercedit. Siquidem consideramus, peculium quasi castrense illud dici, quod filiusfamilias adquisivit occasione militiae togatae, beatus parens *synt. l. c. ex* 20. §. 67. facilis erit decisio, non integram bibliothecam, ad quam sumptus praebuit parens, sed peculii quasi castrensis nomine venire, sed illos tantum libros, quos in academiis studiorum caussa pater filio emit, vel quorum opus habet ad militiam togatam: illos itaque conferri non debere patet, cum peculium quasi castrense pleno jure sit liberorum. Secus si pater filio emerit integram bibliothecam, haec enim spectat ad peculium profectitium, atque ea ex ratione omnino est conferenda, nisi patrem filio donasse certo constet. De jure saxonico quaeritur, an bibliotheca 8 spectet ad res expeditorias, zum Heergewette, ita ut in locis, ubi illa introducta, filii vel adgnati bibliothecam habeant praecipuam. Sed si inspicimus catalogum rerum, quae ad Heergewettam alias referuntur, prout talem nectit Richterus *de successione ab intestato sect.* 1. *memb.* 1. *n.* 56. *et seq.* equum optimum, arma, atque alia, quae ad usum quotidianum tantum faciunt, contineri videmus. Quare sub Heergewetta bibliotheca non continebitur. Eximuntur vero ex biblio- 9

theca libri orationum et similes, qui auro, argento et gemmis sunt ornati ad usum mulierum, *Bücher darinnen die Frauen lesen.* Richter *c. l. n. 76. p. 140.*
10 Matthias Berlichius *p. 3. concl. 28. n. 4.* Plures in materia legatorum occurrunt quaestiones. Ipsi Jcti veteres quaestionem proponunt, an sub bibliotheca legata armarium solum, an vero libri etiam veniant? Nerva quidem Jctus ad mentem testatoris respiciendum esse judicat, cum et sub nomine Bibliothecae locus et armarium et libri veniant. Sabinus vero libros bibliothecam non sequi scripsit, quam tamen sententiam approbare non audet Ulpianus *l. 52. §. 7. de leg. 3.* Quod si communem loquendi morem consideramus ubi per bibliothecam intelligimus potissimum libros in ea contentos, sub legato bibliothecae comprehenduntur libri. Bartolus *ad l. 79. §. mensae de leg. 2.* Mascardus *de probat. vol. 1. concl. 192. n. 1.* Inspicienda itaque erunt verba testatoris. Si quis diceret; lego bibliothecam, in qua sunt libri, manifesto patet, eum sentire de loco, non de libris. Idem si dicat: lego bibliothecam vel armarium de cypresso, quis adpareat, quod senserit magis de aedificio, quam de libris. Sed si quis legaverit bibliothecam simpliciter, vel armarium cum libris, omnino cedent libri. Bartolus *ad d. l. 52. §. 7. de leg. 3.* Addit quidem Bartolus diversitatem personae legantis debere inspici, ut si scholaris scholari legaverit, intelligatur de libris, secus si unus stationarius alteri legaverit, tunc enim magis videri eum sentire de armario: sed cum in actionibus ultimae voluntatis potius respiciamus ad mentem testatoris, quam ad conditionem personarum, ratio haec admodum vacillare videtur. vid. Mantica *de conjecturis ultim. volunt. libro 9. tit. 2. n. 50.* Barry *de successione libro 9. tit. 10.*
11 *n. 7.* Sed an legata bibliotheca, cum libris etiam armaria veniant, videndum. Cassius quidem dixit, libris legatis bibliothecas non contineri. Idem etiam neque armaria, neque scrinia, neque cetera, in quibus libri conduntur, deberi ait *l. 52. §. 3. π. de leg. 3.* Nos distinguendum putamus, an armaria mobilia sint, ita ut facile separari possint, an vero firmiter muro et domui infixa, *wenn sie erd-nied-und nagelfest.* Priori casu, legata bibliotheca, omnino etiam deberi armaria patebit ex eo, quod vino legato, etiam contineantur vasa, in quibus vinum continetur *l. 3. §. 1. de tritico vino et ol. leg.* et penu legata vasa quoque debentur in quibus adservabantur *l. 3. §. fin. de penu legata*, cum vasa pro accessione legati habeantur *l. 4. π. pr. de penu leg.* Secus erit de posteriori casu. Si enim adfixa domui sunt armaria, sine dubio non continebuntur, cum aedificii portio sint *l. 52. §. 7. de leg. 3.* atque hoc ex communi usu loquenti voluntati testatoris magis esse consentaneum censet Paponius *notair. 1. l. 10. de laigs in vers. si le testateur.* Quem sequitur Franciscus de Barry *de successione libro 9. tit. 16. n. 4.* vid. Gronewegen *ad d. l. 52. v. de leg. 3.* Hinc etiam legata bibliotheca, multo minus domus debebi-
12 tur. Frequentes erant apud veteres recessus in villis suas; aestivo tempore, ad quos tantum hortatur Minutium Fundanum suum Plinius secundus I. ep. IX. ut enim praestantiam vitae rusticae prae civili commendet, ita scribit: *nam si quem interroges? hodie quid egisti? respondeat, officio? togae virilis interfui, sponsalia aut nuptias frequentavi, ille me ad signandum testamentum, ille in advocationem, ille in consilium vocavit. Haec quo die feceris, necessaria: eadem, si quotidie feciste te reputes, inania videntur, multo magis cum secesseris. Tunc enim subit recordatio, quot dies quam frigidis rebus absumpsi? quod evenit mihi, postquam in Laurentino aut lego aliquid aut scribo, aut etiam corpori veco, cujus futuris animus sustinetur.* Notum ita Plinii Laurentinum, Ciceronis Tusculanum, Caesaris villa ad Gallinas, aliorum aliae. Idem etiam Plinius ubi ornamenta villae suae describit, addit: *parieti ejus in bibliothecae speciem armarium insertum est, quod non legendos libros, sed lectitandos capit*, quo ipso libros necessarios tantum intelligit. Sic etiam de Silio italico lib. III. ep. VII. *plures iisdem in locis villas possidebat, adametisque novis, priores negligebat. Multum ubique librorum, multum statuarum.* Hunc morem etiam videmus in lib. VII. Martialis epigr. XVII.

Ruris bibliotheca delicati
vicinam videt unde lector urbem ete.

Quare etiam inter balnearia et thermas suo tempore bibliothecas quoque, ut necessarium domus ornamentum expolitas fuisse, loquitur Seneca de tranquillitate animi cap. 9. Caussam hoc dederit jureconsultis priscis quaerendi, an, fundo instructo legato etiam bibliotheca veniat. Adfirmat Ulpianus *l. 12. §. 34, de instructo vel instrum. leg.* atque decidit instructo fundo legato et bibliothecam et libros qui illic erant, ut quoties venisset, uteretur, contineri. Quod postea refutata Papiniani sententia, §. 43. confirmat addita ratione, cum omne id quod in domo fuit, quo instructior ibi sit paterfamilias, contineatur. Quod si vero quasi apotheca librorum usus fuerit, contra erit dicendum §. 34. Debebuntur scilicet omnia, quae usus gratia in isto fundo continentur *l. 12. §. 28. de instructo vel instrum. leg.* non tamen ea, quae non usus sui sed custodiae gratia ibi reposuerit testator *l. 12. §. 29. d. c.* Carpzov. *p. 3. const. 13. def. 23.* Cuiacius *ad tit. π. de instruct. vel instrum. leg.* Alia vero est ratio, ubi domus cum instrumento fuerit legata, tunc enim ea tantum continentur, quae ad usum ipsius praedii spectant *l. 12. §. 6. et 43. h. t.* b. parens *ex. 35. §. 55.* Heraltus *ad jus atticum p. 70.* Carpz. *libro 6. respect. 26. n. 8.* Sic etiam sub domo instructa legata bibliothecam contineri ait Ulpianus *l. 12. §. 43. de instructo vel instrum. leg.* Meyer *in coll. argent. d. l. §. 6.* Hodiernis tamen moribus bibliotheca non continebitur, nisi ad usum perpetuum domus fuerit destinata. Quid vero sub bibliothecae legato et librorum adpellatione veniat, Ulpianus nobis praescribit *l. 52. π. de* 16.
legatis 3. ubi ad Sabinum: *librorum adpellatione continentur omnia volumina, sive in charta, sive in membrana sint, sive in quavis alia materia: sed et si in philyra, aut in tilia (ut nonnulli conficiunt) aut in quo alio corio: idem erit dicendum. Quod si in codicibus sint membraneis, vel chartaceis, vel etiam eboreis vel alterius materiae, vel inceratis codicillis an debeantur, videamus? et Cajus Cassius scribit, deberi et membranas, libris legatis, consequenter igitur caetera quoque debebuntur, si non adversetur voluntas testatoris:* scilicet varia ac multiplex apud antiquos erat materia, in qua scripturam excipiebant, saxa et lateres, arborum florumque folia, corticis tunicae interiores, tabellae lignese, cerei citreique pugillares, libri elephantini seu pugillares ex ebore, plumbeae lamellae, lintea volumina, papyrus aegyptiaca, vulgo

dicta charta, et membranae; uti latius probant Her-
17 manus Hugo de prima scribendi origine. Jo. Mabil-lonius de re diplomatica libro 1. cap. 8. et Guido Pancirollus var. lect lib. 1. c. 28. Sub legato itaque bibliothecae continentur libri cujusvis generis, in quacunque materia scripti. Sub communi bibliothecarum nomine comprehenduntur etiam libri scripti. Julius Paulus recept. sent. *libro* 3. *sent.* 92. *et ibi Cujacius.* Ita libris legatis membranas etiam scriptas contineri ait Cassius *l.* 52. §. 3. *de legatis* 3. Inde etiam ista manuscripta quae vel ipse testator vel alius conscripsit ad prelum parata, continebuntur. Chartae vero
18 purae non continebuntur §. 9. Mascardus *vol.* 2. *concl.* 398. *n.* 13. nec etiam libros nondum perscriptos continere putat Ulpianus §. 5. praescriptos autem nondum malleatos vel ornatos, et compactos nondum glutinatos etiam vel emendatos et membrana nondum
19 consutos. Si vero testator libros quosdam proprio sumptu imprimi fecerit, sub legato bibliothecae non continebuntur. Facile hoc partes ex intentione, quae ea non fuit, ut in bibliotheca adservarentur, sed ut venderentur. Quare inter mobilia alia potius sunt reputandi. Idem dicendum erit de libris, quos pignoris loco tenet testator, hi enim aeque inter mobilia alia
20 referendi. Legata bibliotheca si fuerit, dubium videtur an etiam illi libri debeantur, qui post legatum scriptum fuerunt empti. Quod primo videtur negandum esse; cum in legato indefinite relicto respiciatur ad tempus conditi testamenti *l.* 102. §. *de leg.* 3. Mantica *de conjecturis ult. volunt. lib.* 3. *tit.* 11. *n.* 1. *et* 12. Menochius *conf.* 106. *n.* 163. *seqq.* Gailius 1. *obs* 73. *n.* 4. Covarruvias *pract. quaest. l.* 1. *n.* 5. Sed adfirmativa potior est ex eo, quod bibliotheca sit universitas, quae augmentum et decrementum recipit *l.* 19. *π. de instruct. vel instrum. leg.* uti in grege legato §. 18. *inst. de legatis. l.* 21. *de leg.* 1. Barry *lib.* 9. *tit.* 4. *n.* 22. Menochius *consil.* 97. *n.* 72. *et cons.* 106. *n.* 178. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 3. *tit.* 11. *n.* 13. Atque hoc ita procedit, si omnes libri fuerint
21 legati. Alia tamen res est in fidei commissis. Haeres enim fiduciarius, qui rogatus post mortem suam restituere bibliothecam, existente conditione, illos tantum libros restituit, quos a testatore accepit, non quos ipse addidit, et quibus bibliothecam adauxit. Peregrinus *de fideicommiss. art.* 10. *n.* 15 Quod si vero dictum fuerit, libros lego Titio, illi tantum videbuntur, qui testamenti tempore fuerunt *arg. l.* 7. *π. de auro et arg. leg.* Mantica *lib.* 3. *tit.* 11. *n.* 33. Barry *d. l.* 4. *n.* 21. Baldus *cons.* 284. *n.* 1. Quod etiam extendit Baldus ad casum, quando testator priori testamento reliquit libros quos habebat, et deinde aliis pluribus emptis confecit aliud testamentum, quo confirmavit primum quoad legata, libri alii non debebuntur, nisi quos habuit tempore primi testamenti *arg. l.* 28. §. 1. *π. de licer. leg.* Barry *l. c. n.* 21. Menochius *de praesumpt. libr.* 4. *praes.* 127. *n.* 15. *et* 16.
22 Romani *singul.* 53. Rhodius *cap.* 3. *n.* 48. Sic etiam legata bibliotheca, instrumenta quoque mathematica venire adfirmat Gryphiander *in oeconomia legali lib.*
23 1. *c.* 16. *n.* 319. Si bibliotheca sub conditione fuerit legata, si doctor fiat, si Titiae nupserit, vel quavis alia, bibliothecam consequi non prius potest legatarius, nisi conditione impleta, legata enim sub conditione relicta non statim, sed cum conditio extiterit deberi incipiunt, inquit Ulpianus *l.* 41. *π. de condit. et demonstr.* Haeres tamen de legato, si conditio fuerit adimpleta, satisdare tenetur, *l.* 1. *pr. l.* 5. §. 2. *ut legat. vel fidei comm. caution. cav.* Si vero modus tantum adjectus fuerit legati, quid scilicet defunctus post legatum vel fideicommissum acceptum fieri velit, ut si bibliothecam studiorum caussa legaverit, statim debebitur, dummodo postea satisfiat voluntati defuncti quam in rem cautio erit praestanda *l.* 80. *π. de condit. et demonstr. l.* 19. *π. de legatis*; legatum tamen modo non adimpleto resolvitur *l.* 2. *c. de his quae sub modo*. Carpz. *p.* 3. *const.* 13. *def.* 26. ad haeredes autem transmittit legatarius, licet casu prohibitus fuerit modo satisfacere Köppen *obs.* 146. *s.* Menochius *de praesumptionibus lib.* 4. *praes* 173. *n.* 14. Si vero testator dixerit, lego Titio bibliothecam ut inde doctor fieri possit, quo casu legatarius cautionem non praestare tenetur, quia in ejus favorem hoc tantum videtur additum *arg. l.* 71. *pr. π. de condit. et demonstr.* Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 26. *tit.* 14 *n.* 14. Si verba legati ita habeant: lego Titio bibliothecam meam, si studia tractaverit, legatarius statim ac animum ad studia adplicat, bibliothecam capiet, cum ad id videatur legata, ut inde doctior fiat *arg. l. pen. π. ad exhibendum*. Immo etiam transmittet hoc casu, licet nec dum finitis studiis, moreretur, ad haeredes Limnaeus *de i. p. lib.* 8. *c.* 16. *c.* 6. *n.* 62. dissentit tamen Baldus *vol.* 2. *cons.* 284. *n.* 4.
Sed si testator diversis in locis plures possideat bi- 24
bliothecas et bibliothecam legaverit, an omnes intelligantur? Adfirmativam tenet Rhodius *de libris erud. cap.* 3. *n.* 9. ex verbis *d.* §. 7. *vel armaria*. Nos ita distinguendum putamus, ut si testator duobus vel pluribus in locis bibliothecas habuerit, sub legato bibliothecae tantum contineatur ea, quae in loco domicilii reposita. Si vero unico tantum in loco bibliothecam integram, alio vero libros usitatiores habeat, singuli libri sub legato bibliothecae comprehendentur, nisi aliter de mente testatoris constet. Nectunt dd. a- 25
liam quaestionem, ut si pater duas habeat bibliothecas juridicam alteram, alteram medicam, et filio vel alii legaret bibliothecam juridicam, si in jure doctor; medicam, si in medicina: filius vero tam in jure, quam in medicina doctor fiat, an utramque capiat bibliothecam? Adfirmat Wissenbach *vol.* 2. *disp.* 1. §. 13. et cum eo Rhodius *cap.* 3. *n.* 10. *arg. l. Titiae* 36. *pr. π. de leg.* 1. et Rebuffus *de privil. univers. priv.* 130. qui etiam hanc tractat quaestionem: an sufficiat ad legatum bibliothecae consequendum, si 26
quis doctor fiat in alterutra facultate, si legatum sub conditione fuerit relictum, si doctor fiat in jure et medicina? et sufficere adfirmat, si quis vel doctor juris vel medicinae fiat: particulam enim et hoc casu idem denotare, quod vel *l.* 29. *et* 53. *π. de v. s.* cum utraque scientia totum hominem requirat. Rhodius *cap.* 3 *n.* 10. Alium casum proponit Baldus *vol.* 2. *cons.* 284 27
n. 3. si pater filio disponenti se ad studium legale legaverit bibliothecam suam juridicam, et filio disponenti se ad medicinam, medicam, sed unus ex hisce studium atque intentionem mutaverit, et is, qui studuit medicinae, dicat se velle studere legibus, an huic bibliotheca juridica sit concedenda? Adfirmat Baldus et Tuschus *conclus.* 394. *n.* 3. *lit.* 1. Quod tamen non ita pure concedendum, cum de intentione testatoris

facile patent, et is, qui se disposuit ad studium legale jamdum quaesitum jus in bibliothecam juridicam habeat. Tuschus *lib.* 5. *concl.* 20. *n.* 7. Baldus *vol.* 1.
28 *cons.* 417 nisi consensu utrorumque id fiat. Jureconsultus vero alteri jureconsulto bibliothecam suam legans, non juridicos saltim legasse videtur, sed quotquot possedit, cujuscumque generis. Surdus *dec.* 150. Barry *de successione lib.* 9. *tit.* 16. *n.* 2. *fin.* non enim attenditur qualitas personae, cui quid legetur, sed
29 verba legati et intentio testatoris. Si testator generali modo dixerit, lego Titio bibliothecam, non determinato pretio nec modo, communiter negant valere: cum legatum generis sit, quod determinatam quantitatem non habeat, argumento utentes *l.* 24. §. *pen.* ff. *de leg.* 1. *l.* 69. §. 4. ff. *de jure dotium.* Ex quibus tamen legibus, nihil video, quod probari possit. Potius *l.* 69. quae de dotis stipulatione agit, nulla demonstrata re vel quantitate, praescribit, ut pro modo facultatum patris et dignitate mariti constituatur. In genere legata bibliotheca, si testator talem habuerit, eam deberi omnino certum est *l.* 71. *pr.* ff. *de leg.* 1. si nullam reliquerit, derisorium magis esse, quam utile legatum *d. l.* loquitur. Aequius tamen videtur, si bibliotheca in genere fuerit legata, nulla determinata quantitate nec pretio, nec testator talem habeat, ut ex arbitrio judicis pro facultatibus testatoris et dignitate ac usu legatarii certum definiatur pretium ad bibliothecam emendam, cum testatoris mens talis praesumatur, velle eum, ut legatarius habeat bi-
30 bliothecam. Sed si liber ex bibliotheca fuerit legatus, electio legatarii erit, nisi testator aliud dixerit §. 22 *inst. de legatis.* Si vero testator ad haeredem verba direxerit: haeres meus Titio librum dato, haeredis in eligendo est potestas *l.* 37. §. 1. *de leg.* 1. *l.* 43. §. *ult. de legatis* 2. *l.* 29. §. 1. *de legatis* 3. Nec tamen optimum sumere licebit legatario *l.* 37. *pr. de legatis.* 1. *l.* 3. §. 1. *c. comm de leg.* nec pessimum dare poterit haeres *l.* 110. ff. *de legatis* 1. In optione vero 31
legata optimum librum sine dubio ex bibliotheca eligere poterit legatarius *l.* 9. §. 1. ff. *de dolo malo b.* parens *exerc.* 35. §. 48. Quod si centum libri fuerint 32
legata ex bibliotheca debebuntur centum volumina *l.* 52. §. 1. *de leg.* 3. ita tamen, ut opera, quae plures tomos constituunt, pro uno volumine reputentur.

SECTIO QUARTA

De jure bibliothecarum ratione delictorum.

SUMMARIA

Bibliothecam adituris variae leges praescriptae. n. 1.
Si quis librum furto sustulerit, quae poena? n. 2.
Vel si quis folium furtive exemerit. n. 3.
Si quis in bibliotheca librum famosum habeat, an alter cujus fama laeditur, actione injuriarum possit agere? n. 4.
Multae bibliothecae incendio absumptae. n. 5.
Bibliothecae plagiariis subjectae. n. 6.
Cum plagiariis olim furti agebatur, quod exemplo singulari ex Vitruvio probatur. n. 7.
Quaenam poena hodie plagiariis recte imponatur? num. 8.

1 Habent quidem privilegia et immunitates suas bibliothecae sed a rapaci manu immunes non sunt. Prospectum hisce fuit variis legibus, quae praescriptae sunt adituris bibliothecam publicam, ut in §. 11. statutorum bibliothecae Franeckeranae praescriptum: *candidatus quispiam si adire bibliothecam studendi caussa velit, licentiam a bibliothecariis impetrato: quam ille ne concedito, nisi promittenti se nihil corrupturum, nomine ejus etiam adnotato. Admissus includitor, et emittitor dato signo campanula, quae in bibliotheca trahatur et apud Bedellum tinniat, eo fine praeparata.* Bibliothecam bodleianam usus gratis adituri juramento adstringuntur. Bibliothecam jenensem frequentaturi ut de probis moribus testimonium se-
2 cum ferant, necesse est. Si quis vero non servata fide, librum librosve furto sustulerit, poenae omnino locus erit. Et quidem secundum ordinationem criminalem *art.* 126. requiritur, ut tertio demum commissi furti poena sit ultimum supplicium. An autem, si quis ex bibliotheca publica libros surripuerit nec multiplicatum fuerit, suspendio puniri possit, videndum. Quod negandum tamen est, cum alias poena suspendii per ordinationem criminalem praescripta, nimis sit dura. Jure saxonico vero nulla attenta vi vel reiteratione, quibuslibet furibus, nisi furtum sit modicum, poena laquei imponitur Landrecht *lib.* 2. *art.* 13. b. parens *ex.* 48. §. 21. Carpz. *pr. crim. p.* 2. *qu.* 77. *n.* 10. 11. Poenam tamen dupli hic locum habere putarem, quae etiam per *art.* 157 *ord. crimm.* est praescripta. Quod si quis vero folia quaedam ex 3
libris bibliothecae furtive exemerit, idem obtinebit, cum eadem sit ratio. Si autem quis in bibliotheca 4
sua librum famosum habeat, alter cujus fama laeditur, actione injuriarum contra hunc agere non poterit, quia ad hanc requiritur dolus, qui in animo injuriandi consistit *l.* 3. §. 1. 3. 4. *l.* 14. ff. *de injuriis.* Talis autem animus haut praesumitur, nisi dictum factumve quoddam injuriosum intervenerit, quale hic plane nullum, nisi quis talem librum famosum undique propalaverit, quod pro facto injurioso omnino haberi potest. Damna quae illustres saepe bibliothe- 5
cae incendio fuerunt perpessae, merito dolemus. Plura hujus exempla videmus in Thomae Bartholini dissertatione, quam ad filios scripsit de bibliothecae incendio. Haecce vero damna vel casu oriuntur, vel dolo. Si quis dolo malo bibliothecam incenderit, poena est ordinaria, ut incendiarius comburatur *ord. crimm. art.* 125. Quae poena de jure criminali locum habet, etiamsi damnum nullum datum, modo materia dolose posita et accensa fuerit Carpzov. *pr. crim. p.* 1. *quaest.* 38. *n.* 38. *seqq.* Theodorici *disp.* 7. §. 168. In culposo incendio olim is, ex cujus domo incendium ortum, damnum resarcire tenebatur, nisi nec sua, nec suorum et inquilinorum culpa incendium factum probaverit. Per decisiones tamen electorales novissimas *dec.* 80. deciditur, ut culpa patrisfamilias per actorem probetur, cum negligentia domini vel familiae incendium ortum haut praesumatur. Atque ita etiam in scabinatu jenensi pronunciari probat Theo-

6 dorici in judicio criminali *cap.* 2. *aph.* 14. *n.* 6. Non autem praedonibus solum et incendiariis subjectae sunt bibliothecae, sed etiam plagiariis Sunt enim qui scripta compilant aliorum, quae jamdudum edita sunt et perrulgata, eademque praemisso nomine suo edunt atque hos publico odio et coercitione dignos censet Franciscus Duarenus, quod multum nocent studiis et non minus remp. laedant quam ii, in quos lege fabia animadvertitur, in epistola ad Franc. Balduinum de plagiariis. Olim quidem furti agebatur cum plagiariis, uti exemplo plane singulari discimus, quod re-
7 censet Vitruvius in praefatione libri septimi. *Reges Attalici*, inquit *magnis philologiae dulcedinibus inducti cum egregiam bibliothecam pergami ad communem delectationem instituissent, tunc item Ptolomaeus, infinito zelo cupiditatisque incitatus studio, non minoribus industriis, ad eumdem modum contenderat Alexandriae comparare. Cum autem summa diligentia perfecisset, non putavit id satis esse, nisi propagationibus in seminando curaret augendam. Itaque Musis et Apollini ludos dedicavit, et quemadmodum athletarum, sit communium scriptorum victoribus praemia et honores constituit. His ita institutis, cum ludi adessent, judices litterati, qui ea probarent, erant legendi. Rex cum jam ex civitate sex lectos habuisset, nec tam cito septimum idoneum inveniret, retulit ad eos, qui supra bibliothecam fuerant: et quaesiit, si quem novissent ad id expeditum. Tunc ei dixerunt, esse quemdam Aristophanem, qui summo studio summaque diligentia quotidie omnes libros ex ordine perlegeret. Itaque in conventu ludorum cum secretae sedes judicibus essent distributae, cum certis Aristophanes citatus, quemadmodum fuerat locus ei designatus, sedit. Primo poetarum ordine ad certationem inducto cum recitarentur scripta, populus cunctus significando monebat judices quod probarent. Itaque cum ab singulis sententiae sunt rogatae, sex una dixerunt. Et quem maxime animadverterunt multitudini placuisse, ei primum praemium, in sequenti secundum tribuerunt. Aristophanes vero cum ab eo sententia rogaretur, eum primum pronunciari jussit, qui minime populo placuisset. Cum autem rex et universi vehementer indignarentur, surrexit, et rogando impetravit, ut paterentur se dicere. Itaque silentio facto, docuit unum ex his eum esse poetam ceteros aliena recitaviste. Oportere autem judicantes non furta, sed scripta probare. Admirante populo, et rege dubitante, fretus memoria e certis armariis infinita volumina eduxit, et ea cum recitatis conferendo, coegit ipsos furatos de se confiteri. Itaque rex jussit eum his agi furti, condemnatosque cum ignominia dimisit. Aristophanem vero amplissimis muneribus ornavit, et supra bibliothecam constituit.* Videmus ergo durius habitos fuisse plagiarios apud veteres. Jureconsulti quidem nostri ubi de pla- 8
gio agunt, etiam de hoc aliqua proponunt. Ludwellus quidem *est et quoddam quasi plagium*, ait, *quod in transcribendis aliorum scriptis et laboribus et pro suis venditandis committitur. exercit. justin. disp. ult.* §. 9. Eberhardus Speckhahn *cent.* 1. *qu.* 88. *p.* 373. furtum litterarium illud adpellat, quod in transcribendo aliorum scripta, et labores et pro suis venditando et arrogando, veri auctoris nomine dissimulato et suppresso subdole et fraudulenter committitur, atque per totam quaestionem de hoc plagio litterario agit. Sed poenam plagio praescribunt nullam. Jacobus Thomasius in erudito tractatu de plagio litterario theor. XIII. in ethico foro poenam conscientiae internam propositam esse omniplagio ait; in politico, quod externas tantum poenas irrogat, soli manifesto: et quamquam de plagio litterario nulla lex specialis sit lata, tamen nec ulla id puniri vetet, allegat hunc in rem Thomasius *in notis* §. 310. verba dissertationis Finckelthusianae, in qua furti poenam civilem locum habere dicitur, si alicujus intersit ratione damni emergentis et si alienae laudis occultator lucrum inde faciat *arg. l.* 71. §. 1. *π. de furtis.* Sed cum tale damnum emergens vix inde oriatur, et tantus dolus haud praesumatur, ut gravitati poenae respondeat, causam non habemus, cur tanti exaggeremus. Ne tamen plane immunes sint, facile concesserim, tales plagiarios, damnum quod forsan prior scriptor perpessus, resarcire teneri, atque actioni in factum locum esse, poenam etiam extraordinariam pro arbitrio judicis imponi posse. Men. *de a. l. q. cas.* 306. *n.* 22. quod etiam eo casu, quando fur iste litterarius auctori non adeo nocuerit, concedit Finckelth.

SECTIO QUINTA

De bibliothecarum privilegio.

SUMMARIA

Bibliothecae immunes sunt a vectigalibus n. 1.
Libros tamen profiteri debent eruditi. n. 2.
Bibliopola vero, qui lucri caussa bibliothecam emit, immunis non est. n. 3.
Vectigalia tamen praestanda pro refectione pontium et viarum. n. 4.
Si quis bibliothecae intermiscuerit merces alias, an et ista in commissum cadat? n. 5.
Quae poena publicani violenter quidpiam extorquentis? n. 6.
Bibliothecae a gabella emigrationis immunes. n. 7.
An bibliothecae etiam sub tributo de bonis, Vermögen-Steur *comprehendantur? n.* 8.
Possessor bibliothecae ab onere satisdationis est immunis. n. 9.
An bibliotheca et libri pro locario sint obligati? num. 10.
Sub hypotheca omnium bonorum regulariter libri non veniunt. n. 11.
Libri studiosorum nec per generalem expressam bibliothecam censentur obligati. n. 12.

Habent eruditi, horum libri et bibliothecae sua pri- 1
vilegia atque immunitates, quae paucis nunc exponere non incongruum erit Inter non minima reputandum, immunes esse bibliothecas a vectigalibus *arg. l.* 5. *c. de vectigalibus*, licet et hoc legis argumentum uti et reliqua solent, nimis sit generale. Potius illud

ex consuetudine hodierna deducimus, quam docent Rebuffus *de privilegiis univers. priv.* 140. Sixtinus *de regalibus c.* 8. *n.* 74. Rulandus *de commissariis p.* 4. *l.* 2. *c.* 5. *n.* 32. Ziegler *de jur. majest. lib.* 2. *c.* 2. §. 11. Hahn. *ad Wesenbeccium tit. de public. n.* 9. Surdus *cons.* 41. *n.* 3. Sed an libros etiam profiteri necessum habeant eruditi apud publicanum, dubium videtur, et quidem profiteri debere probant dd. *l.* 4. §. 1. *de publicanis.* Engelbrecht *disp.* 20. *ad π.* §. 22. *fin.* Mascardus *de probationibus vol.* 2. *conclus* 835. *n.* 4. *et seqq.* Mevius *ad jus lubecense lib.* 2. *tit.* 3. *art.* 6. *n.* 10. b. parens *ex.* 39. §. 48. Quod etiam moribus hodiernis est receptum. Si vero bibliopola vel alius mercaturae caussa bibliothecam emerit, ut inde lucretur, non videtur esse immunis, quia aliter considerari non potest ac mercator, vectigalia autem de iis rebus praestanda, quae negotiationis causa transferuntur *l.* 5. *l.* 6. *c. de vectigalibus.* Bechmann. *de privil. studios. cap.* 7. *n.* 7. attendenda tamen cujuslibet loci consuetudo. In transvectione vero bibliothecarum illa vectigalia erunt praestanda, quae pro refectione pontium et viarum exiguntur. Limnaeus *de i. p. lib.* 8. *c.* 9. *n.* 18. Engelbrecht *ad disp.* 20. §. 22. *f.* Bechmann. *d. l. n.* 6. Petrus Friderus *lib.* 2. *de mandatis cap.* 42. *num.* 6. Kloch. *de vectigalibus* §. 3. Idque argumento ecclesiarum, quae ad instructiones itinerum pontiumque etiam tenentur *l.* 7. *c. de ss. eccles.* Cujus etiam facilis est ratio, cum non ad locupletandum fiscum tale vectigal fuerit institutum, sed ut ex eo reficiantur pontes et viae. Si vero tale vectigal pontium simul sit constitutum, ut fiscus inde locupletetur, bibliothecas quoque esse exemptas dicit illustris Praeses *de jure pontium c.* 4. *n.* 70. *et seq.* ubique tamen ad consuetudinem loci erit attendendum. Rhodius *cap.* 4. *n.* 17. Sed si quis bibliothecae suae intermiscuerit merces alias, quae vectigali sunt obnoxiae, et sic fiscum defraudaverit, an istae simul in commissum cadant, disquiritur, et quidem de jure civili omnia amitti patet *arg. l.* 3. *c. de nautico foenore et l.* 11. §. 2. *π. de public. vect.* Aequior tamen est sententia, committi solum res illicites et immunes, b. parens *ex.* 39. §. 50. ne alias poena gravior sit delicto. Limnaeus *lib.* 8. *c.* 9. *n.* 18. Bechmann. *de privil. stud. c.* 7. *n.* 5. Quod si publicanus de rebus hisce immunibus violenter quidpiam extorserit, cum poena tripli restituere debet, et extra ordinem plectitur *l.* 9. §. 5. *π. de publicanis et vectigalibus* insuper privilegio privatur, in expensas, damna et interesse condemnatur. Ludovicus Romanus *sing.* 702. Richter *ad auth. habita disp.* 3. *p.* 44. A gabella emigrationis cum immunes alias sint doctores, professores, horumque viduae et liberi *arg. l.* 6. *et fin. c. de prof. et medicis.* Suevus *ad auth. habita peric.* 3. §. 10. Menochius *de a. i. q. cas.* 379. bibliothecae quam maxime erunt immunes. Jacobus Benincasius *de privil. Jctorum privil.* 99. Sed aliud adhuc restat, an si secundum bona et possessiones tributa sunt praestanda, *Vermögensteur*, illa etiam comprehendant bibliothecam? Et decidimus, quod non comprehendant; cum illa praestentur tantum de rebus, ex quibus lucrum quaeritur, bibliothecae autem magis oneri sint, incrementa requirant quotidiana. Singulare est privilegium, possessorem bibliothecae immunem esse ab onere satisdationis. Licet quidem regulariter bonorum immobilium possessio ab onere satisdationis sublevet. Mobilia tamen pretiosa aeque immobilibus bonis aequiparantur Carpzov. *proc. tit.* 9. *art.* 5. *n.* 129. inter quae etiam refertur bibliotheca Carpzov. *p.* 1. *const.* 5. *def.* 19. *n* 8. Bibliotheca enim non facile de loco in locum movetur et ita etiam vendi potest Berlich. *p.* 2. *dec.* 92. et licet Jacobus Schultesius *obs.* 19. *n.* 13. Carpzov. et Lange hoc privilegium tantum ad doctores videantur restringere, merito tamen illud ipsis libris seu bibliothecae erit tribuendum, cum haud dispar in aliis sit ratio. Talis tamen persona ut sit, necesse est, in quam fugae suspicio non cadat Carpzov *c. l.* et bibliotheca requiritur, ut sit pretiosa, quod arbitri judicis relinquitur. Bibliothecam autem, utpote rem possessioni subjectam oppignorari posse, nullum est dubium idque praxis docet quotidiana. Sed de eo quaeritur, an bibliotheca et libri pro locaria domus vel musei sint obligati, ita ut utiliter serviana actione experiri liceat? Id quod negat Carpzov. *p.* 4. *c.* 9. *def.* 5. *n.* 4. Harpprecht *ad* §. 7. *inst. de actionibus* nisi alia deficiant bona *arg. l.* 40. *π. de re judicata.* Carpzov. *p.* 1. *c.* 29. *d.* 31. *et p.* 2. *c.* 25. *d.* 20. *n.* 7. Richter *ad auth. habita disp.* 3. *p.* 60. b. parens *ex.* 26. §. 16. Sub hypotheca vero omnium bonorum regulariter libri non veniunt, cum legibus sit praescriptum sub obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturusve sit, ea non contineri, quae verosimile sit, quemquam specialiter obligaturum non fuisse *l.* 6. *π. de pignoribus.* Hinc etiam Aloysius Riccius *in collect. decis. p.* 5. *dec.* 3042. Hunnius *ad auth. habita cap.* 2. *qu.* 12. Carroccius *de remediis contra sentent. praejud. except.* 56. libros studiosorum nec per generalem expressam hypothecam censeri obligatos putat, vel executionem in illis fieri posse. Improbandum ergo quod Fridericus II. imp. in decreto, quod scholares ad studium neapolitanum invitat apud Petrum de Vineis III. ep. XI. praescribit: *mutuum fiet scholaribus ab illis, qui ad haec fuerint ordinati, secundum quod eis necesse fuerit, datis libris in pignore et precario restitutis, receptis a scholaribus fidejussoribus pro eisdem.* Laudandum potius rescriptum serenissimi electoris Friderici Guilielmi divae memoriae, quod ad senatum francofurtensem d. 10. novembris 1684. dedit, in quo haec continentur: *Wie ihr denn auch gleicher gestalt denen Bürgern als den Juden anzudeuten habet, dass sie denen Studenten auf Bücher kein Geld und andere Wahren leihen sollen, bey Verlust alles dessen, was sie auf den Büchern werden gelehnet haben.*

SECTIO ULTIMA

De jure auctionum.

SUMMARIA

Auctio quid notet? n. 1.
Apud Romanos orta. n. 2.
Transit ad bibliothecas. n. 3.
Inspiciendae cujuslibet loci consuetudines. n. 4.
Bibliothecam etiam emptam per auctionem licet distrahere. n. 5.
Quid obtineat, si bibliopolae privilegium concessum, de prohibendis auctionibus. n. 6.
In auctionem veniunt omnes libri, qui catalogo inserti, nec subornare licitum. n. 7.
Quidquid poenae nomine solvitur, bibliothecae publicae est. n. 8.
In libro manco ad evictionem tenetur venditor. n. 9.
Remedium vero l. 2. *c. de rescind. vend. locum non habet. n.* 10.

1 Non hodie demum vel nudius tertius nata est auctionum ratio, quin jam antiquissimis Romanorum temporibus nota esset. Dicebatur auctio potius ab aucto pretio, quod licitando magis magisque augebatur, quam, uti Fulgentius *de prisco sermone n.* 26. ait: *auctio dicitur venditio, quasi quod et ementem augeat et vendentem.* Solemnia in eo constabant, ut hasta posita praeco publicus pronunciaret, quod vendendum. Quare *sub hasta vendere* ortum, quod barbare
2 dein efferebant *subhastatio*. Apud Romanos veteres non solum res bello captae et bona obaerata vendebantur publice, hasta posita: sed etiam vectigalia p. r. locabantur, uti latius deducit Junius Rabirius de hastarum et auctionum origine *p.* 2. *in tom.* 3. *thesauri antiquitatum Graeviani.* Transiit hic mos auctionum postea ad res alias, et quidem harum usus apud Belgas frequens est, ut merces ex peregrinis terris advectas per praeconem publice indicarent et plus licitanti addicerent. Quod etiam insigni Jcto Antonio Matthaei occasionem dedit elegantem componendi tractatum de jure auctionum, in quo tamen non privatas solum et voluntarias auctiones, sed publicas etiam, quibus bona obaerati debitoris divenduntur,
3 examinat. Transiit haec ratio postea ad bibliothecas, quae non quidem per aversionem ita hastae subjiciuntur, sed speciatim secundum singulos libros ita di-
4 venduntur. Circa jura auctionis vero inspiciendae cujuslibet loci consuetudines et constitutiones. Talem habemus academiae lipsiensis: similem etiam jenen-
5 sis. Licebit itaque bibliothecas, quas quis vel haereditate vel donatione, vel quovis alio modo adeptus est, per auctionem divendere. Sed dubium omnino est, an quis bibliothecam possit emere, eamdemque lucri causa iterum divendere. Ordinatio auctionis jenensis §. 2. non prohibet, si quis ad proprium usum talem emerit, libros quos usui suo esse judicat, inde depromserit, reliquos vero per auctionem distraxerit. Inter favores enim et privilegia eruditorum omnino hoc erit numerandum, quo eo facilius bibliothecam possint adquirere. Inde etiam iniqua judicum 6
privilegia, quae concedantur bibliopolis, quibus prohibetur aliis integras bibliothecas publice ad licitandum venum exponere. Quodsi vero tale privilegium bibliopolae sit concessum, aliis nec singulos libros circumferre licitum erit, nisi privilegium tantum de auctionibus et bibliothecarum alienatione sit conceptum, tunc enim stricte licebit interpretari, prout libero commerciorum usui non adversatur *arg. l.* 2. §. 10. *et* 16. *π. ne quid in loco publ.* Gailius *lib.* 2 *obs.* 1. *n.* 14. nisi directo fiat in fraudem privilegii, si scilicet integra bibliotheca per certos homines circumferri curetur, Marcus Rhodius *de liberis eruditorum c.* 2. *n.* 9. Bibliopolas autem libros suos in favorem commercii etiam per auctionem distrahere non prohiberi certum est. Veniunt autem in auctionem 7
omnes libri, qui catalogo sunt inserti. Quod si libros quis eximere voluerit, in commissum cadunt, et bibliothecae publicae fiunt *ord. jen.* §. 6. Si quis vero alios subornaverit, qui plus licitando pretium augeant, utrique poenae subjecti erunt, quae tamen pro ratione circumstantiarum arbitraria erit. *ord. jen.* §. 7. Quidquid autem poenae nomine solvitur, non rectoris erit et academiae, sed bibliothecae academicae, 8
ad quam tales poenae destinatae, uti in singulis ordinationibus videmus. Si quis tamen librum mancum 9
acceperit, nec defectum istum indicaverit, tenetur venditor de evictione. Requirit tamen *ord. jen.* §. 12. ut defectum indicet emptor, antequam librum asportaverit. *Woferne nur der Kauffer die verschwiegene Defecten vor Wegschaffung des Buchs angezeiget.* Remedium vero *l.* 2. *c. de rescind. vend.* hic locum 10
non habet, quia re sub hasta vendita aut facile admittitur, b. parens *ex.* 23. §. 89. Antonius Matthaei quidem *de auctionibus lib.* 1. *c.* 14. *n.* 5. putat, si voluntaria fuerit auctio, venditorem non minus de evictione teneri, ac si citra auctionem vendidisset, nisi publice denunciaverit, nolle se de evictione teneri. Sed in librorum auctione alia militat ratio, quae fortunae quasi relinquitur arbitrio: venditor enim contentus esse debet, si vel longe minoris ac dimidium veri pretii liber vendatur. Moribus etiam hodiernis nec possessores nec creditor, nec haeredes, nec fiscus, nec magistratus ad evictionem rerum sub hasta venditarum tenentur. Philippi *de subhastationibus cap.* 4. *comm.* 17.

Haec in praesenti de bibliothecis harumque juribus sufficiant. Nos autem, qui bibliothecas vel curamus vel possidemus, ita agamus, quasi non possideamus vel curemus: ingemiscamus potius, quod tantum subjecti simus vanae eruditioni, atque eo adlaboremus, ut vita et imitatio Christi vera nostra sit bibliotheca.

FINIS.

DISPUTATIO TERTIA

DE PROCESSIBUS ABBREVIANDIS,

PER POENAM MENDACII.

JOH. PHILIPPUS SCHMIDT. NORIMB.

SUMMARIA

Communis de perversa justitiae administratione querela. §. 1.

Causa et origo istius perversitatis. §. 2.

Immortalitas litium ortum suum habet ex jure canonico. §. 3.

Ordinationibus processus lites potius augentur quam diminuuntur. §. 4.

Remedia quorumdam Jctorum contra litium immortalitatem recensentur. §. 5.

Querela de impunitate mendaciorum et perjuriorum. Impunitas haec ansam dedit ad hanc materiam. §. 6.

Continuatio hujus querelae. An recte puniatur, qui alterum mentiri dixerit in judicio? An actio injuriarum locum habeat in eum, qui contra rescripta opposuit exceptionem mendacii? §. 7.

Excusatio propositi nostri. §. 8.

Ratio dissertationis et tractandi modus. §. 9.

Status controversiae eruitur. Varia moralistarum circa mendacia distinctiones exhibentur. §. 10.

Distinctiones hae examinantur. Quas sequi videtur Pufendorffius. §. 11.

Ineptum est, veritatem ideo reticere, ut alter probare debeat. §. 12.

Recensentur moralistarum argumenta, quibus probare audent, delinquentem non esse obstrictum ad sui proditionem. §. 13.

Quid de his sentiendum? §. 14.

Responsio ad argumenta §. 15. *producta.*

Ex his judicatur de advocati obligatione ad veritatem sincere dicendam. Pufendorffii hac de re sententia refutatur. An judex aliquid fingere possit, ut a reo crimen expiscetur? §. 16.

De quibus mendaciis hactenus allata intelligenda? An in casu justae defensionis mentiri liceat? Quid sentiendum de juramento calumniae? §. 17.

Casus, ubi in jure civili mendacium tam in judiciis quam extra judicium est punitum. Poena mendaciorum contractibus adhibitorum. §. 18.

Alia horum mendaciorum poena. §. 19.

Quae poena mendacii sit statuta a legibus in precibus principi oblatis? §. 20.

Mendacium extrajudic. aliquando in peculiare transit delictum. Id quod variis illustratur exemplis. Cur in computatione mentiens non committat crimen falsi? Qui nomen suum dolose mutat, committit crimen falsi. §. 21.

Prima poena mendaciorum judicialium. §. 22.

Altera poena jure in mendaces statuta. §. 23.

Quid requiratur, ut haec poena mendacii locum habeat? Cautela ad effugiendam mendacii poenam. Rejicitur haec cautela tamquam pessima. An ob solum mendacium poena infligatur? §. 24.

Poena haec quoque locum habet in aliis realibus rei vindicatione et in rem scriptis actionibus. Qui negat rem esse feudalem, amittit feudum. §. 25.

Casus ubi lis inficiando crescit. Primus casus. §. 26.

Alter casus. §. 27.

Poena dupli habet locum in legatis ad pias causas. An etiam haec poena locum habeat in executoribus ultimarum voluntatum? §. 28.

Poena dupli locum habet in haerede bona quaedam occultante. §. 29.

Poena dupli in eum statuta quoque est, qui propriam manum negat. §. 30.

Poena mendacii IV. per amissionem beneficiorum. De fidejussoribus. De tutoribus neg.ntibus. De sociis. De haerede. De debitore. §. 31.

Conclusio generalis. §. 32.

An perjuria poenis sint obnoxia? Rationes dubitandi. Rationes decidendi. §. 33.

Utrum poenae mendaciorum extentionem patiant? §. 34.

Transitus ad usum hujus doctrinae. Impunitas mendaciorum impedit cursum justitiae. (1) *quod litigantes multis ambiguitatibus utantur* §. 35.

(2) *Quod inanibus et fictis utantur exceptionibus dilatoriis.* §. 36.

(3) *Quod ita rem agant, ut lites ex lite crescant.* §. 37.

(4) *Quod in litis contestatione contra conscientiam mentiantur.* §. 38.

(5) *Quod ita probationib. defatigent adversarium tum in prima instantia, tum in secunda instantia.* §. 39.

(6) *Quod superfluas probationes contra conscientiam expetant ab adversario.* §. 40.

(7) *Quod judices ipsos defatigent, ut illi taedio afficiuntur tot perlustrandi volumina actorum.* §. 41.

(8) *Quod advocati instigent partes ad mendacia et falsas dictiones.* §. 42.

(9) *Quod judices negligant punire mendacia et perjuria.* §. 43.

Judex etiam hodie obligatus est ad puniendo mendacia. Primum fundamentum judices obligatos esse ad abbreviandas lites. §. 44.

Alterum fundamentum. §. 45.
Conclusio ex duplici illo fundamento. §. 46.
Illustratur verbis dn. Praesidis. §. 47.
Utilitas hujus in republica. §. 48.
Juramenti calumniae major est habenda cura. §. 49.
Utile foret, ut poena dupli generaliter introduceretur. §. 50.
De debitoribus morosis. §. 51.
Poena dupli statim locum habere debet, si de mendacio constat. §. 52.
Advocati graviter puniendi, instigantes clientes ad negandum aut pejerandum. §. 53.
Commendatur consilium Venturae de Valentiis ad reformanda judicia. §. 54.
Conclusio dissertationis. §. 55.

§. 1. Quam depravata ubique fere locorum in imperio romano germanico sit justitiae administratio a binis fere seculis, tot testantur querelae publice privatimque desuper motae, ut nemini de eo dubium superesse possit. Non dicam jam de manifestissimis in justitiae documentis, queis personant fora in civilibus et criminalibus, ut de Italiae suae foris dicere non veritus fuerit Paris de Puteo, notante Oldenkopio *in praef. ad obs. crimin.* plura latrocinia et rapinas committi in judiciis, quam in sylvis a latronibus. Neque eruem pruritum ingentem litigandi, cui hodie medios inter christianos adeo indulgent homines, ut inter strepitus forenses vix amplius audiri possit monitum pium Jcti. Ethnici *in l. 4. §. 4. de alienat. judic. mut. caus.* quod *verecunda cogitatio ejus qui lites execratur non sit reprehendenda*, quod quidem merito dolendum, dum eo ipso ostendimus, christianos in pluribus esse deteriores ipsis ethnicis. Nescio enim, an Ventura de Valentiis *in parthen. litig. lib. 1. c. 1. n. 12.* adeo contra veritatem dixerit, dum mores praesentis temporis ita describit: *lites olim*, inquit, *adeo breves et rarae fuerunt, ut judices plus temporis quam processus haberent, et pauci reperirentur actuarii, causidici, et alii qui magistratus circumstarent. At hodie lites tam multae sunt, ut ad extirpandum non sufficiant ministri, sed crescant instar hydrae, cujus caput si detruncetur, septem alia resurgunt, ita ut magistratus nunquam possint victoriam sperare contra haec litigiorum vitia:* tantum itaque in praesentiarum eam intelligo corruptionem et depravationem, per quam lites fiunt immortales et ad posteros derivantur. Certe hoc ultimo momento triplex illud justitiae impedimentum ad plura alia et nefanda facinora aditum parat, ut vel ex hoc irregularem et morbosum justitiae nostrae statum colligere satis queamus.

§. 2. Neque hoc mirum cuiquam videri debet, cui saltim absque ullo praejudicio, originem et progressum nostrorum modernorum jurium intueri volupe erit. Germani nostri antiqui, uti adhuc simplici vitae generi addicti erant, simplicem quoque justitiae administrationem habebant, et fora adhuc a forensi strepitu et in utilibus ambagibus et ineptis carminibus vacua erant, quod passim colligi potest ex iis, quae hanc in rem suggerit Schottelius *de antiq. in german. jurib.* Neque erit tanta litigandi occasio, quamdiu ex aequo et bono res deciderentur, neque tantis subtilitatibus legum opprimeretur libertas germana, quae quidem in republ. romana obtinuere. Tacitus *de morib. germ.* refert; nulla apud Germanos antiquitus fuisse testamenta. Quot et quantis itaque tunc controversiis nostra patria caruit, quibus hodie ita circumdamur, ut fere de feliciori statu rerum desperandum. Ostendit illustr. dn. Praeses in tr. *de caut. testam. c. 1.* in quas simus jam conjecti controversias, postquam tot tantasque ambages circa testamenta recepimus, quas vix prudentissimus effugere potest. Postquam itaque non tantum in genere vivendi sed etiam in justitiae administratione ab illa antiqua et germana discessum est simplicitate, et jus canonicum primum deinde jus civile receptum, non tantum lites multiplicatae, sed etiam processus esse coeperunt immortales.

§. 3. Quamvis vero, ut hactenus dictum, litium multitudo maximam partem debeatur receptioni juris civilis in Germaniam; tamen si immortalitatem litium, de qua hic quidem sum solicitus, considero, eam fere unice acceptam ferendum esse juri canonico intrepide assero. Jus enim civile romanum se huic immortalitati litium expresse satis opponit in famosa illa lege *properandum* 13. *pr. c. de judic.* triennium in casibus civilibus finiendae instantiae praefigendo, quantum tamen temporis prisci Romanorum ne quidem exigebant, ut apparet ex Polleti *historia fori romani.* Quin et secundae instantiae satis breve tempus in jure romano praefixum esse apparet ex *auth. ei qui appell. c. de tempor. et repar. appell.* nov. 49. *pr.* ubi annus non justificationi appellationis interponendae, uti male hoc interpretatur praxis Germaniae, sed toti appellationis processui finiendo, tantum indultus est. Quo etiam faciunt tot saluberrimae constitutiones pro abbreviandis processibus emissae. vid. *l. 2. pr. ff. de aqu. et aqua pl. arc. l. 10. c. de transact.* §. 13. *j. de inutil. stipul.* ibi *propter celeritatem dirimendarum litium l. 21. ff. de reb. cred. l. 2. c. de re jud. l. ff. protoc.* Latius hoc ex historia caesarum declarat Vent. de Valent. *Parthen. litig. lib. 1. c. 2. n. 13. seqq.* ubi adducit et laudat exempla Pompeji, Julii Caesaris, Galbae, Domitiani, Claudii, Alexandri Severi etc. qui poenas exilii statuerunt in eum, qui ultra annum litem Romae protraxisset. Ast modum has abbreviandi lites jus canon. dissimulat, imo si verum fateri licet, tot cautelas et technas lites protrahendi habet, ut justitia sub hoc injustitiae clypeo merito gemat. Introductae sunt cum hoc jure in fora Germaniae distinctiones judiciorum in petitorium et possessorium, tum summarium tum ordinarium, imo omnis ordo procedendi exinde repetitur. Et tamen gloriantur practici de tanto in jure canonico reperto thesauro; quod si ad interesse et privatum lucrum applicetur, facile concedi potest, vere enim dixit Henricus Cornel. Agrippa *de vanit. scient. c.* 92. ingeniosa avaritiae praecepta et rapiendi formulas in hoc jure contineri; sed haec tamen omnia ad cursum justitiae impediendum sunt inventa et stabilita, conf. Heig. *p. 2. q. 2. n. 1.* Ipse Hottomannus *in Franco-gall. c. 20.* tantam litium calumniarum et sycophantiarum sementem, ut loquitur, factam primo putat a papa Clemente V. qui Philippi Pulchri tempore papatus sedem Avenionem transtulit et semina romanae artis rabulariae in mores gallicos sparsit. Idem judicium ferri potest de Germanis, quibus pon-

lificium jus, antequam reciperetur jus civile, artibus aulae romanae obtrusum est, quod et postea fora ita infecit, ut quamvis post, excusso jugo pontificis, per reformationem evangelicam et jure canonico per Lutherum solemniter combusto, in Germaniae tamen academiis hoc quantum ad decretales retentum fuerit, cum inde praesertim ex libro 2. processus forensis explicatio dependet.

§. 4. Utut vero nulla Germaniae provincia detur, quae non specialibus processuum ordinationibus justitiae administrationem in melius reformatam et promotam voluerit, attamen experientia testis est, illis ipsis lites auctas potius quam immunitas fuisse. Neque hoc mirum cuiquam videri debet, qui saltim judicio haud praeoccupato rerum connexionem intuebitur. Qui adhibentur a principe ad confectionem ejusmodi ordinationum, nullam fere aliam sibi comparavarunt scientiam praeter juris civilis et canonici, et sic aegre relinquunt illa ipsa principia, in quae adeo immersi sunt: hinc fit, ut pleraeque ordinationes provinciales adeo conspirent et inter se et cum jure canonico, ut in paucis ab eo abeant, et ubi ab eo recedunt, rei bonoque publico haud consulant. Provoco ad omnia Germaniae tribunalia, quam innumeri homines etiam sub justissimo causae clypeo succumbant, ob solam hanc causam, quod minutias ordinationum processus neglexerint, ut adeo non male dixerit quispiam: nostras processuum ordinationes muscipulas esse, quae non praesidium praebeant esurientibus seu jus suum persequentibus, sed ansam suppeditent, ipsos de causae justitia securos levi neglectu ordinationis jure suo privandi et bonis exuendi. In camerae judicio non paucae adsunt ordinationes, quae et suos habent encomiastas, ita ut non desint, qui hisce ingentes adscribant praerogativas, et tamen antiqua querela est, *Spirae spirare lites, nunquam expirare, litigantes diu sperare, nunquam adspirare*, adeo ut *Pruckman. consil.* 15. *n.* 120. *et cons.* 16. *n.* 47. conqueratur, lites ad minimum ultra seculi spatium durare. Ipse Hermannus Vultejus *vol.* 1. *cons. Marpurg.* 17. *n.* 6. refert, se meminisse cujusdam causae, in qua ab obitu ejus, de cujus haereditate disceptatum est, usque ad litis contestationem in camera 38 anni fuerint elapsi. Alium adhuedum recenset *vol.* 3. *cons.* 30. *n.* 41. ubi usque ad responsionem rei 75. anni praeterierunt. Aliorum judiciorum, inprimis Saxonicorum, defectus et aucupationes syllabarum in libellis hic non tangam, ne in nimias statim in limine ambages diffundar.

§. 5. Caeterum non sufficere putarunt Jcti plures querelas de vitiis processuum et litium immortalitate adduxisse, sed etiam de variis remediis amputandi ambiguos litium anfractus, hosque abbreviandi non sine ratione fuerunt solliciti; an autem ubique scopum attigerint, hic quidem jam non definiam. Inter caeteros singularem huic negotio curam impendit Ventura de Valentiis (seu vero nomine: Jurga Valentius Wiather) *in Parthenio litigioso* ubi *libro primo* naevos et defectus, quibus in foris nostris cursus justitiae impeditur, plenius exaggerat et enucleat; *libro* autem *secundo* varia suppeditat remedia, vi quorum suo nitori et integritati administrationem justitiae restitui posse existimat. Similem industriam et laborem suscepit Antonius Faber in *codice sabaudico* ubi *lib.* 9. *tit.* 22. duas praecipuas horum malorum statuit causas (1.) quod *litigandi* consilium plerique suscipiant tamquam necessarium. (2) quod litigantes sic tractare litem soleant, ut quasi ad eos nihil pertineat, satis cito se adhuc liti adfuturos existimantes, si tandem post trimestre spatium illud faciant, quod prima die facere poterant et debebant. Quadraginta deinde articulis varia comprehendit media, quibus administrationi justitiae succurri posse existimat, quae tamen haud sufficere posse sincerus lector facile mecum arbitrabitur. Succedit Nicolaus Vigelius, qui *in method. jur. civ. p.* 306. *seqq.* haud inepte asserit, omnes judiciorum reformationes ad litium diuturnitatem tollendam inutiles esse, nisi prius reformetur judex. Id enim negari nequit, officium judicis inprimis consistere in amputandis litium anfractibus, adeo ut perniciosus merito dicatur judex, qui alienum jurgium suam praedam putat, ut dicitur in *l.* 3. *c. ad l. jul. repet.* hinc inque quamdiu judex non reformatur, tamdiu videntur omnia, saluberrima etiam remedia, frustranea et inutilia. Hoc vero ad sinceritatem et pietatem reducto facile caetera vitia corruent. Ipse Petrus Frider. Mindanus *in praefact. process. camer. extrah.* egregie quoque de immortalitate litium edisserit, et quintuplicem causam adstruit; primam enim adscribit litigantibus, alteram advocatis et procuratoribus, tertiam processui, quartam causarum multitudini, quintam ipsis judicibus et assessoribus. Hunc etiam referri merentur, quae Hermannus Fusjus Rosecorb in *praefat. decis.* de litium immortalitate congessit. Ex professo itidem hanc materiam excutiendam suscepit Johannes Biardus *in tractatu germanico*, cui titulus: *Kurtzer Begriff, einfueltiges und wohlmeinendes Bedencken, wie etwan dem hochlöblichen justitien-Werck zu helffen, und daßelbe in bessern Zustand, den Richtern zu Erleichterung grosser Mühe, und den Partheyen zu Enthebung vieler beschwerlichen aufwendenden Unkosten hinwieder zu bringen und darinn zu erhalten seyn möchte.* Add. Wehner. *in observat. pract.* voc. *justitien-Werck* ubi variorum auctorum sententias adducit, qui suppeditarunt remedia abbreviandarum litium, quae hic referre instituti mei ratio haud patitur.

§. 6. Ex omnibus tamen illis, qui hactenus recensiti sunt, si unicum excipias Venturam de Valentiis, nemo est, qui aliquod processuum ambagibus amputandis momentum afferri posse crediderit, si mendacia in judiciis admissa severius punirentur, quod adeo obsoletum et insauditum in judiciis esse videtur, ut vix exemplum afferri queat, vel jurisjurandi praesertim calumniae contentam religionem vindicatum esse, ne dicam de simplicibus mendaciis, quibus fora nostra, quod dolendum, privilegium aliquod impunitatis dedisse videntur. Quemadmodum enim de medicis vulgo asseri solet, *soli medico hominem occidere impune est*: ita verius de nostris litigantibus, si praxin respiciamus, quoque affirmari potest, *solis litigantibus mentiri sine poena licere.* Ut itaque ad ea, quae in sequentibus hac de materia edisserenda sunt eo, promptius viam praeparem, adducam statim in limine quae in compendio hac de materia edisserit illustris dn. Praeses *in tr. de cast. testament. c.* 1. §. 17. verba sunt sequentia: *hoc unicum in judiciis immortales reddit processus vel saltim valde difficiles, quod negare*

et ita mentiri impune liceat, ut hinc, si judicia nostra palaestram mendaciorum dixeris et quidem impunitorum, non erraveris. Quodsi jam ex Johanne evangelista quaesiveris, unde mendacia? Responsum habebis, a Diabolo mendaciorum patre. Quid ergo remanebunt nostra judicia? Haec Deo non hominibus habenda esse sacra scriptura urget. Verum hodie hic non Deo, sed Satanae mendaciis impunitis litari nemo diffiteri poterit. Si itaque reducantur poenae mendaciorum per condemnationem in duplum et amissionem exceptionum, juxta auth. contra qui c. de non num. pec. certe vel pauciores vel breviores habebimus processus. Sane quae dixi juri romano sunt placita, negliguntur tamen in nostris judiciis non sine magna Numinis offensione. conf. id. in praefat. ad Paciani tr. *de probationibus.*

§. 7. Dolendum certe est, quod vel hoc exemplum manifestum praebet documentum, inter christianos illa ex jure Romano ne quidem in observantiam deduci posse, quae tamen egregia et malitiae litigantium refrenandae satis convenientia sunt. Nullum enim, si vel totam omnium judiciorum praxin percurras, exemplum extabit mendacii in judicio, et sic in conspectu Dei admissi vel leviori saltem poenae subjecti. Hoc quidem novimus, in judiciis praecipue illustrioribus, si quis adversarium mentiri dixerit, etiamsi vel maxime ad Ulpiani auctoritatem in *l.* 25. *ff. de procurat.* provocet, et *dominum mentiri* dicat, poenam haud effugere posse, quemadmodum poenam 10. thalerorum alicui certo in casu propterea dictatam esse in comperto habemus, et cum hic regereret et urgeret, se, alterum revera mendacium commisisse, probare velle, hoc responsi ferebat, se modestius haec proferre debuisse. Interim ipsi poena solvenda erat, et mendax impune dimittebatur. Tam insigne itaque impunitatis, quis crederet? privilegium accepit mendacium, ut ille puniatur, qui alteri hoc imputat, poenam omnem evadat, qui puniendus propter mendacium esset. Imo quamvis exceptio mendacii satis fundata sit in jure *l.* 2. *c. si contr. jus. l. et si in legibus* 5. *c. eod.* tamen hodie inter dd. dubitari coepit, utrum is, qui contra rescripta opposuit exceptionem mendacii, possit esse immunis ab actione injuriarum, praesertim cum Berlich. 5. *concl.* 59. et Gail. 2. *obs.* 100. *n.* 3. *et obs.* 101. *n.* 1. *seqq.* actionem injuriarum concepant contra eum, qui alteri mendacium imputet. Exitum tamen est in disp. dn. Praes. *de fals. prec. prine. obl. c.* 4. *n.* 9. *seqq.* hoc in casu actionem injuriarum locum habere non posse.

§. 8. Quamvis itaque plerique disputationes conscribere soleant, de his quae in ipsis obtinent rerum argumentis, quod et satis laudandum existimo, tamen in hac egregia materia mihi nemo vitio vertet, si sub iisdem revocem materiam, quae quidem hactenus in foris Germaniae haud videtur recepta, et in observantiam deducta, deduci autem omnino debet, si salus publica in administranda justitia obtineri debeat, et magistratus suo satisfacere velit officio. Neque hinc mihi potest objici, me frustra disputare de iis, quae in foro quidem romano olim suam obtinuerunt validitatem, a nostro vero alienissima sunt. Nam et quae foris nostris conducunt ostendere, non alienum ab officio jurisconsulti esse puto. Et longe sunt diversissima, an quid a foris nostris plane alienum sit, ut recipi ob status et rationis diversitatem non possit, et an hactenus propter judicum improbitatem aliquid sit neglectum, quod necessario in praxin et observantiam sit deducendum. Haec vindicare et ad usum revocare, imo adhuc exasperare utile et consultum esset.

§. 9. Ut itaque totius hujus dissertationis ratio eo rectius constet, ita commode totam materiam absolvi et explicari posse autumo, si (1) ostendam, omni jure aliquem obligatum esse ad veritatem in judicio asserendam, (2) ex jure communi eruam casus, quibus mendacium tam in contractibus quam judiciis aliisque negotiis punitum fuerit. (3) quas poenas mendacibus irrogandas censuit jus nostrum, declarabo, simulque (4) subjiciam, mentientium poenas, si medela litigantium malitiae afferri debeat, non tantum ad eos casus restringendas, qui in jure expressi, sed etiam ad non expressos extendi debere, et denique (5) usum hujus doctrinae sigillatim expendam, quantum scilicet ad abbreviandas lites facere possit generalis poenarum mentientibus impositarum reductio, ubi singulas processuum partes percurram, et tum advocatorum, tum partium litigantium improbitatem, tum vero etiam judicum inertiam et poenas perlustrabo.

§. 10. Ut itaque membrum primum recte dijudicetur, operae pretium esse duco, statum controversiae rite eruere, et omnes enucleare ambiguitates. Quaestio videlicet est, utrum hi qui judiciis intersunt, semper et ubique obligati sint ad veritatem sincere dicendam, et abstinendum ab omnibus, quae veritati sunt adversa? Ex quo patet, primario quidem quaestionem moveri de litigantibus ipsis, sed tamen propterea non excludi procuratores, advocatos aliosque, qui subsidiariam operam praestant. Imo et judicem hic quoque comprehendimus, cum constet, et hos saepe quioquam sibi arrogare in mentiendo et simulando. Deinde abstrahimus hic ab aliis quaestionibus, quatenus extra judicium permissum sit aliquando falsiloquio, simulatione vel dissimulatione aut etiam dolo bono uti, quas quaestiones alii jamdudum explicuere, vid. Pufendorff. *de j. n. et g. lib.* 4. *c.* 1. b. dn. Brunnem. *ad l.* 11. *ff. de interrog. in jur. faciend.* Excellent. dn. Thomasius *jurispr. divin. lib.* 2. *c.* 8. Nam argumenta ab his quae extra judicium permissa sunt, applicari haud posse ad judicialia negotia, inferius erit perspicuum. Ulterius quaestio est de omni judicio civili et criminali, ordinario et summario et de omni actu judiciali. Denique agitur hic de obligatione ad veritatem sincere dicendam. Sicuti itaque veritas moraliter considerata consistit in convenientia verborum et signorum externorum, cum animo ejusque sinceritate, ut per hanc alteri jus suum tribuatur, et conscientia ipsa illaesa et tranquilla maneat, ita facile patet, quaenam hic sub iis, quae veritati adversantur, comprehendi debeant. Distinguunt alias inter se moralistae mendacia, falsiloquia, simulationes, dissimulationes, dolumque bonum, quorum discrimen hic quidem in thesi expendere non vacat. Caeterum breviter, ut omnes circuitus evitemus, dicere possumus, aut adversantur veritati hactenus delineata haec omnia, aut non. Priori casu quoque sub quaestione mota comprehenduntur, posteriori vero non, de quo pluribus dicetur inferius.

§. 11. Varie hic moralistae distinguere animadverto. Agunt quidem plerique principaliter de crimine, dum

hanc quaestionem formant, sed tamen et hic distinguunt, utrum agatur civiliter an criminaliter, adeoque ad causas quasvis civiles facile applicatio fieri potest. Nec alienus ab hac sententia distinguente videtur dn. Puffend. *de j. n. et g. lib. 4. cap. 1. §. 20.* si verba ipsi posita conferantur cum iis, quae edisserait *in cap. de poen.* Quoad causas civiles, ubi tantum ad id, quod alteri abest, agitur, non adeo difficiles sunt dd. cum jure naturali quilibet teneatur et obstrictus sit ad damnum restituendum et suum cuique tribuendum id quod cum impediatur inficiationibus et mendaciis, merito haec quoque prohibita censeri debent. Sed tamen, si praxin respicias, vix unus et alter se obligatum putabit ad spontaneam confessionem. Neminem enim se prodere debere in propria causa asserunt, alteri potius incumbere onus probandi, quo deficiente in probando se a jure absolvendos dicunt: cum itaque alter teneatur ad probandam suam intentionem, se non teneri ad spontaneam confessionem, quia sic probatione nulla opus esset, imo statim lis cessaret. Jam autem ordinatam charitatem incipere a se ipsa, et quemlibet teneri etiam in conscientia ad conservandum se suaque, qualis conservatio spontanea tali confessione multis modis impeditur. Nec obstare sibi putant, quod mendacia sint turpia, vix enim credunt se committere mendacium, sed tantum *dolum* quemdam *bonum*, quem tamen ipsae leges romanae non reprobant. Dicit enim Ulp. *in l. 1. §. 2. de dol. mal. posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per ejusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena.* Ulterius instant, processus non esse illicitos, sed ad hoc inventos, ut per eos veritas rei inquiratur et justitia administretur. Processui itaque se committentem peccare non posse, neque autem posse aliter processum suscipi absque negatione alterius partis. Alii adhuc distinguendum putant, utrum solemniter procedatur, an summarie, *Wenn die Zeugen oder Partheyen nur summarischer Weise befraget werden*, vix unus et alter est, qui tunc veritatem dicat; stultum enim credunt eum, qui statim sua confessione se convincit: satis maturam adhuc veritatis expressionem credunt eo tempore, quo res juramento demum committenda.

§. 12. Quamvis vero vix crediderim, aliquem ex Christianis facile inveniri posse, qui talia objiciat: tamen si praxin respicias, haec communis fabula ubique narratur. Sed et revera fabula est: quid enim ineptius, quam ideo nolle veritatem dicere, quod alter teneatur ad probandum? Nam probatio tantum locum habet in re dubia, de qua alias constare nequit. Quilibet autem litigantium obligatus est ad dubium illud e medio tollendum, ut citius justitiae satisfiat: si itaque negans sciat, rem satis certam esse, et justissimam illius intentionem, petitionem autem alterius inficiando difficilem reddat, peccat contra primum praeceptum juris: suum cuique esse tribuendum. Et quamvis alias nemini a jure naturae denegetur, se suaque conservare, non tamen hoc applicari potest (1) ad media illicita, (2) ad hunc casum, ubi non agitur de rebus propriis conservandis, sed de jure alteri subtrahendo. Satis vero impium est, quod de dolo bono adfertur: hoc modo enim omnia scelera nefanda sub praetextu doli boni incrustare quis posset. Et quomodo potest esse bonum, quo ipso alteri injuria damnum infertur? Non nego praeterea, processus esse licitos, sed eosdem saepe frivolos et illicitos in applicatione esse satis constat. Potest utrinque res esse dubia, et tum recte judicis sententiae dubium committitur. Sed ubi alteruter in conscientia convictus de mendacio a se commisso, quomodo hic provocare potest ad justitiam processus? Decipiuntur vero egregie, qui in summaria depositione et interrogatione rem non serio agi existimant a judice, adeoque se veritatem dissimulare posse credunt. Hoc praejudicium inde venire existimo, quod plerique in ea haereant haeresi, quasi veritas non sit dicenda, si non desuper juramentum praestandum sit, quasi vero Deus non sit cordium scrutator, et veritas non aliter sit dicenda nisi jurato.

§. 13. Sed videamus etiam argumenta, quibus moralistae uti solent ad probandum, delinquentem, si agitur ad poenam infligendam, non esse obstrictum, ut se prodat et confiteatur. Recensuit illa plenius dn. Puffendorff *cit. l.* in his fere consistentia (1) quod poena invito sit infligenda, cum alias finem suum non posset obtinere, qui est, peccantem et alios a peccando absterrere (2) quod homo naturaliter maxime abhorreat a poena, praesertim ubi ad mortem usque progreditur. A quo autem natura abhorret, id licere declinare. (3) Non interesse valde reipubl. punire delictum non adeo notorium, quodque colore adhuc aliquo fictisque argumentis tegi potest. (4) Judici facultatem esse quidem, quoquo modo veritatem indagandi, sed ex eo non statim sequi, ipsum reum ad confessionem criminis teneri. (5) Esse alia media in veritatem facti penetrandi argumentis, conjecturis et testium depositionibus, ut adeo propria confessione non sit opus. (6) Tantum esse favorem propriae conservationis, ut etiam invidiosum habeatur, manifestos criminum inauditos plectere. (7) Ignoscendum esse ei, qui quemque colorem suo facinori obtendere annitatur. *l. 1. pr. de requir. vel absent. damn.* (8) Non posse argumentum duci a tribunali divino ad humanum. (9) Nec infringi negatione criminis necessitatem obsequii civilis. (10) Ad regulas non justi sed prudentiae pertinere, utrum magis expediat, callide negare, an apertae confessionis ingenuitatem amplecti. Haec sunt argumenta, quae dn. Puffendorffius pro defendendo hoc callido mendacio recenset, conf. Innocent. *in c. 54. de elect.* Panorm. *in c. 2. de confess. n. 28.*

§. 14. Sicuti vero haud tanti ponderis ea esse credo, ut non facillime ad ea responderi possit, ita mendacium seu negationem hic quoque damnari debere autumo. Primo enim satis ex lumine naturae et sacris literis constat, mendacium esse turpe et vitium coram Deo abominabile. Delictum ergo novo delicto velle obtegere non potest permissum et licitum esse. Deinde quod etiam b. dn. Puffendorff. *cit. l.* adfert, sanctitas judicum Dei nomine praesidentium et obsequii necessitas tanta est, ut nulli circumscriptioni, mendacio et contumaciae locus dari possit. *Deut. 17. 2. Paralip. 19. 6.* Unde et judices Dii passim in sacris literis dicuntur. *Exod. 22. 18. Psalm. 81. 1.* conf. Selden. *de jur. nat. gent. et civ. l. 2. c. 13. judicia autem Dei*, inquit Caspar Zieglerus *in Dicastice concl. 7. §. 4. in f. ideo dicuntur, quia Deum auctorem habent, quia judex quasi vicarius Dei est,*

ejusque vices in judicando gerit et quia Deus ipse in judiciis praesens est. Mentiri itaque et negare facinus perpetratum in judicio, idem est ac negare facinus in praesentia Dei cordium scrutatoris, et hunc in finem scripturam sacram in judiciis in medio propositam fuisse legimus *in l.* 13. §. 4. *ff. de judic.* ut judicantes et litigantes admonerentur praesentiae ipsius Dei, uti Justinianus ipse hoc symbolum ita explicat. Hoc itaque supposito non incouvenienter huc affertur exemplum Josuae cap. VII, 19. 20. quamvis Puffendorff. ab initio *cit. l.* existimet, hoc ab hac quaestione esse alienum, quod reus jam divino judicio sit patefactus. Ita enim ille ad Achanum: *mi fili! tribue domino Deo Israel honorem et laudem et confitere, quid feceris, nec facinus tuum nega,* quae verba utique indicant, spontaneam confessionem delictorum Deum a peccantibus serio requirere, nec tantum in eo casu, ubi de delicto jam constat, nam sic ne quidem confessione ejus adeo opus, sed inprimis tunc, ubi adhuc res obscura et dubia est. Et sane cum Deus serio velit, ut delinquentes puniantur, et hunc in finem magistratui gladium dederit, ut sontes coerceantur, frustra hoc factum esse inde sequeretur, si facinorosi negationibus suis et mendaciis meritas effugere possint poenas. Denique cum dissentientes ipsi concedant, judicem habere jus et facultatem quoquo modo veritatem a reo explorandi, sponte sua inde sequitur, in reo esse obligationem ad veritatem judici dicendam, quia obligatio et jus sunt correlata, quorum unum existere nequit sine altero. Excellent. dn. Thomas. *jurispr. divin. lib.* 2. *c.* 7. *n.* 86. Tunc enim, ut bene idem *cit. l. n.* 40. *et* 41. annotat, veritas omnino dicenda est, quoties is, quocum quis agit, ad id jus perfectum habet, quod judici ubique competit. conf. Engel. *ad tit. de confess. lib.* 2. *tit.* 18. *n.* 20. Et frustra susciperetur a judice examen inquisiti ad articulos inquisitionales, imo impie ab eo per torturam aliaque media confessio extorqueretur, et denique ministri ecclesiae, qui saepe ad hunc finem adhibentur, frivole et contra officium suum instigarent et adhortarentur delinquentes ad confessionem criminis, si in delinquente nulla foret obligatio ad dicendam veritatem et confessionem delicti faciendam.

§. 15. Atque hisce suppositis facilis jam est responsio ad argumenta §. 1. producta. Et cum excell. dn. Thomas. *cit. l. n.* 86. *seqq.* ad illa erudite satis responderit, brevitate potissimum hic utar. Primum enim nullam consequentiam habet. Debitores plurimi inviti solvunt, et tamen utique ad solutionem obligantur. Et negamus, in delinquente non esse obligationem ad poenam subeundam. Abhorret quidem naturaliter homo a poena, sed inde obligatio in delinquente non evertitur. conf. excell. dn. Thomas. *c. l. n.* 94. et ita quoque corruit secundum. Tertium petit id quod est in principio. Expedit utique reipublicae, ne delicta maneant impunita. De occultis quidem non judicat ecclesia, sed hoc intelligendum de occultis absolute, non de occultis secundum quid, et quae judici adhuc sunt quodammodo occulta. Ad quartum jam est responsum *in* §. *anteced.* Quintum facile evertitur ex regula communi, unius positionem non esse alterius exclusionem, et testes aliaque probandi media sunt demum tunc necessaria, ubi delinquens negat, ex quo tamen non fluit, delinquentem recte delictum suum negare. Sextum tantum pertinet ad conservationem vitae, quatenus jure id permissum est, et regula in septimo argumento producta non generalis est, sed ostendit saltim licentiam transactionis, non vero exinde mentiendi licentia inferri potest. Argumentum vero octavum cum *ex* §. *anteced.* satis dilui possit, et nonum petat id quod est in principio, hinc ad argumentum decimum saltim moneo, non tantum ad regulas prudentiae pertinere, utrum quis malit confiteri, an vero crimen negare, sed etiam hic subesse obligationem ex jure divino, ad confitendum, sicuti *in* §. *anteced.* est explicatum.

§. 16. Atque ita ex hactenus dictis facile judicare licet de advocati obligatione ad veritatem sincere dicendam. Equidem Puffendorff. *cit. loc.* §. 21. in causa civili ut et criminali eo in casu, si quis publice sit constitutus, qui rei causam agat, obligatum advocatum tantum esse dicit ad veritatem sincere dicendam, non vero illum advocatum, quem ipse reus sibi adsciscit patronum. Sed cum poterat non eadem advocato indulgere, quae indulserat reo, et vero illa jam in antecedentibus sunt rejecta, nova declaratione hic non utar, concludendo, advocatum nunquam posse uti mendaciis falsis aut fictis allegationibus, aut reum ad negandum instigare. conf. dn. Thomas. *cit. l. n.* 95. et dn. Praes. *disp. de consc. advoc. c.* 3. *n.* 40. *seqq.* Ventura *in Parthen. litig. lib.* 1. *c.* 9. *et* 10. Zahn. *de menduc. lib.* 2. *c.* 6. Cels. Bargal. *de dol. lib.* 1. *c.* 7. *n.* 1. *seqq.* ubi plenissime de hac materia agit. Superest itaque, ut obligationem in judice breviter declarem. Huic quoque Puffendorff. *cit. l.* §. 20. indulgere videtur, ut possit aliquid fingere, ut a reo crimen expiscetur, sed ad hoc jamdudum respondit Zigler. *in dicastic. concl.* 29. §. 3. judicans; hoc intendere nihil aliud esse, quam illaqueare reum fraude et mendacio, quod cuilibet bono viro praesertim vero judici, qui veritatis amantissimus esse debet, summopere est vitandum. Jul Clar. *sentent. lib.* 5. *qu.* 55. *n.* 8. Bapt. Bajard. *ad clar. cit. l. n.* 10. Judices in jure ubique audiunt viri boni et innocentes *l. continuus* 137. §. 2. *ff. de obl. et act. l. vir bonus* 18. *ff. de judic. l.* 78. *de procur. l. societ.* 76 *ff. pro soc. l. ceterae* 4. §. 1. *ff. famil. hercisc.* Alvarez de Valasco *de judice perfect. rubr.* 1. *annot.* 1. *n.* 10. indigni vero hoc titulo sunt, qui ejusmodi fallaciis et mendaciis indulgent, quae reprobare et punire debebant in litigantibus.

§. 17. Facile vero apparet, ea, quae hactenus allata sunt, primario eum respicere casum, ubi mendacia adducuntur in judiciis ad fallendum et decipiendum alterum. Solent vero nonnulli excipere casum justae defensionis, ut liceat mendacium actoris mendacio eludere; Mynsing. *cent.* 3. *observ.* 6. supponunt vero talem casum, ubi v. c. quis mutuo secreto centum accepisset, eaque secreto solvisset, et a creditore quasi non soluto debito conveniretur, quo casu reum pro defensione sua mentiri posse ajunt, adeo ut etiam juramentum addi possit. Sed merito hanc sententiam reprobat b. dn. Brunnemann. *ad l.* 11. *n.* 20. *ff. de interrog. in jur. fac.* cum Alciato statuens, nunquam convenire gravi bonoque viro, magis victoriam quam veritatem quaerere, et qui victoriae potius quam veritatis est sollicitus, incidit in vitium prudentiae

contrarium. Breviter, justa causa justis modis est propugnanda, neque sunt facienda mala, ut inde eveniant bona. confer. Bargal. *cit. l.* Et huc etiam tendit juramentum calumniae generale, ubi reus promittere debet, *se interrogatum veritatem dicturum*: ita vero perjurium committeret, si pro defensione sua liceret mentiri. Imo quod caput rei est, tota obligatio litigantium ad veritatem dicendam eo ipso destrueretur, cum semper quilibet praetenderet, se justam habere causam, imo aliquando incaute nimis hoc sibi persuaderet; itaque sub hoc clypeo mendacia quotidie altiores caperent radices, quae amputare potius convenit.

§. 18. Quam obligationem itaque jus naturae hic induxit et jus divinum confirmavit, eam quoque jus nostrum civile merito assumpsit et legibus suis corroboravit. Quem enim in finem tot constitutiones poenales in mentientes constituisset, nisi litigantes obligatos esse ad veritatem dicendam voluisset. Quo ipso deducor in secundi et tertii membri explanationem, ostensurus casus, ubi in jure civili mendacium tam in judiciis quam extra judicium variis modis est punitum. Quod extrajudicialia mendacia attinet, varia occurrunt exempla in contractibus, v. g. emptione venditione, ubi leges concesserunt actionem empti ad interesse, quod deceperit venditor emptorem. *l. Julianus* 13. §. 4. *et* 6. *de act. empt. vend.* imo et eo nomine ex aedilitio edicto agi poterat. *l.* 17. §. 20. *et* 18. 19. *de aedil. edict.* Pertinet huc illud quoque mendacium, quod committi solet a venditoribus ad excludendum retractum, ubi hanc pessimam quandoque adhibent cautelam, ut majus pretium fingant, illudque instrumento venditionis inseri curent. Quo casu mentiens omnem perdit in illam emptionem expensam pecuniam, et a fisco vindicatur, ita ut ob hoc mendacium ipse retractans rem gratis obtineat. vid. Jodoc. Damhouderus *in pract. civil. cap.* 265. *n.* 28. 29. Inde quoque censuerunt leges, de dolo dandum esse judicium contra eum, qui alterius decipiendi gratia alium falso laudavit. *l. quodsi* 8. *de dol. mal.* Quod etiam ad commendationes dolosas et persuasiones mendaciis plenas extendendum. vid. Zahn. *de mend. lib.* 2. *cap.* 15.

§. 19. Sic etiam non infrequens in jure est, mendacia extrajudicialia puniri amissione beneficiorum et jurium in legibus aliis concessorum. Unde provide constituit Pertinax *in l.* 1. *c. ad sct. mac.* filiumfamilias se mentientem patremfamilias et ideo mutuam accipientem pecuniam non posse adjuvari exceptione sct macedon. conf. *l.* 3. *pr. et* 19. *ff. eod.* Ex eodem fundamento infert Ulpianus *in l. sed si ex parte* 4. §. 1. *quod cum eo qui in alien. potest. est.* quod filiusfamilias, si se patremfamilias mentitus sit in contrahendo amittat beneficium competentiae, quod alias filiisfamilias competit. Confer. *l.* 6. *eod.* Decipere enim voluit; jam autem jura decipientibus non succurrunt. *l.* 9. §. 2. *de minor.* ex quo principio imperatores *in l.* 2. *c. si min. se major. dix.* inferunt, minorem non esse restituendum, qui fallaci majoris aetatis mendacio alterum decipere ausus fuit. confer. *l.* 37. *in fin. de minor.* Idem jam applicandum ad foeminas, quae alias juvantur sctο vellejano, sed tamen et de his divus Pius et Severus rescripserunt *in l.* 2. §. 3. *ad sctum vellejan.* deceptis non decipientibus esse succurrendum, inde jam Paulus *in l. si mulier* 23. *ff. eod.* decidit casum de muliere in jure interrogata et mentiente se haeredem esse, quod hoc casu non intercessisse videri debeat, quia decipere voluit, unde quamvis in effectu intercesserit, amittit tamen beneficium suum. Confer. *l.* 30. *pr. eod.* Neque dissentientes juvantur *l.* 26. *eod.* quae commode accipi potest de concurrente dolo ipsius creditoris. vid. Gothofred. *in not. ad cit. l. lit. m.* quo casu dolus cum dolo compensandus. De debitore dd. inter se disputant, utrum si extrajudicialiter mentiatur et asserat, se nihil debere, amittat beneficia debitorum. Equidem Matthias de Afflict. *decis.* 379. et Rol. a Vall. *vol.* 2. *cons.* 7 id non admittunt, defectum legis hic arguentes; sed aliis contraria sententia placuit quos videre licet apud Zahn. *de mendac. lib.* 2. *cap.* 22. *n.* 1. Ipse quidem Zahnius nihil decidit, sed merito recipienda videtur sententia affirmantium, quia, uti subsequentibus declarabitur, omnino falsum est assertum commune dd., mendacii poenas extra casus in jure expressos non esse extendendas. Et sane nullum commodius remedium ad refraenanda mendacia debitorum inveniri potest, cum tamen nihil frequentius accidere soleat, quam debita contracta negari, et ita creditori molestiam creari a debitoribus, ut judicio et liti ambiguae se committere teneatur. Alios et similes ut hic non taugam casus.

§. 20. Inprimis vero leges poenas mendacii exasperare voluerunt in precibus principi oblatis; cum enim frequentiora ideo currere soleant mendacia, et simul laedatur reverentia et obsequium, quod subditi principibus debent, non injustum fuit pro varietate circumstantiarum varia poenarum genera hic introducere. Generaliter leges concesserunt exceptionem sub et obreptionis, quae etiam exceptio mendacii propterea dicitur. vid. *l.* 2. *si contr. jus. l. et si in leg.* 5. *c. eod. cap. sedes apostol.* 15. *in fin. x. de rescript. et cap.* 20. *eod.* De caetero effectus hujus exceptionis inprimis est, quod mendax precator nihil agat. *l. si quis obreps.* 29. *ff. ad l. corn. de fals.* Ita ut rescripta quidem gratiae sint ipso jure nulla, justitiae vero demum ope exceptionis. vid. illustr. dn. Praes. *de fals. prec. princ. obl. cap.* 4. *n.* 14. *seqq.* ubi hoc latius expedit. Deinde mendax precator carere debet penitus impetratis. *cap.* 20. *x. de rescript.* ita, etiamsi mendacium in aliqua tantum supplicationis parte occurrat, tamen propter dolum insignem precistae totum rescriptum vitietur, et carere etiam debeat illo commodo, in quo sub et obreptio non est commissa. Myl. ab Ehrenb. *in hyparch. c.* 3. *n.* 166. Barbos. *c.* 2. *x. de rescript. n.* 4. Confer. *cit. disp. n.* 30. *et seqq.* Quin et severiores poenas in malitiosum praecistam esse constitutas apparet ex *l. si quis obreps.* 29. *ad l. corn. de fals.* ubi poena judicis arbitrio, relicta videtur. conf. *l. quidam* 1. *c. si nupt. ex rescript. petant. l. si a non dom. ult. c. de his qui a non dom. l. supplicare* 2. *c. ut lite pendeat. l.* 3. *eod.* conf. Menoch. *de arbitrar. jud. quaest. cas.* 314. *n.* 6.

§. 21. Aliquando etiam mendacium extrajudiciale in peculiare transit delictum, *falsi* scilicet vel *stellionatus*, Cels. Bargal. *de dolo lib.* 5. *c.* 15. *n.* 14. 15: et hoc intuitu pro gravitate circumstantiarum puniri solet. Et vero in plerisque speciebus criminis stellionatus mendacium aliquod occurrit, veluti qui se di-

vitem mentitus ut eo gravius aes alienum conflare possit *l.* 43. §. 3. *de furt.* Qui rem feudalem scienter dicit esse allodialem et ita alienat 2. *f.* 55. qui dum in eo est, ut praedium aliquod comparare velit, hostium incursum vel adventum fingit, ut eo vilius emat, qui rem alteri obligatam dissimulata obligatione sciens prudensque alienavit. *l.* 3. §. 1. *stellion.* alia ut non attingam exempla. In crimine falsi itidem mendacium occurrere manifestissimum est. Scilicet habet mendacium suos gradus, et sic etiam leges illud variis modis coercent. Quidam mentientes civiliter persecutionem patiuntur, v. c. actione de dolo malo, amissione beneficiorum etc. quidam vero criminaliter, ita ut vel *extraordinario* judicio mendacium vindicetur, ut in *stellionato*, de quo hactenus dictum, vel *publico*, scilicet lege cornelia *de fals.* Dn. Schilter. *in pr. jur. rom. ex.* 49. §. 131. Unde quamvis in omni fere falso mendacium aliquod lateat, tamen contra non omne mendacium statim constituit crimen falsi. Declarat hoc Paul. *in l.* 23. *ff. ad l. corn. de fals.* ajens: *quid sit falsum, quaeritur, et videtur id esse, si quis alienum chirographum imitetur aut libellum vel rationes intercidat vel describat, non qui alias in computatione vel ratione mentiuntur.* Cur vero qui in computatione mentiuntur non committunt crimen falsi? videlicet quia in calculo errorem commissum etiam a prudentioribus praetexere licet Coll. I. Argent. *de l. corn. de fals. th.* 7. ut adeoque ostendat Jctus, licet hoc casu mendacium aliquod occurrat, non tamen tantum esse, ut in crimen publicum cadere queat. Sic quidem nomen suum quis licite mutat, *l.* 1. *c. de mutat. nomini.* est si hoc fiat in fraudem et praejudicium alterius, tunc hoc mendacio falsum committi, evidens est ex *l.* 13. *pr. de leg. corn. de fals.* confer. Carpz. *in pr. crim. qu.* 93. *n.* 33. Zahn. *de mendac. l.* 2. *c.* 63. et poena ad fustigationem vel relegationem extendi potest. Faber *in c. lib.* 9. *tit.* 16. *def.* 1. vid. Const. Carol. *art.* 112. *et* 113. Sed haec quidem ulterius hic excutere a scopo alienum videtur, potius itaque est, ut mendacia judicialia eorumque poenam persequar.

§. 22. Pro varietate autem negotiorum varia constituta fuit poena in mendaces et (1) in quibusdam casibus per mendacium mendax se obligabat ad illud praestandum, quod per mendacium simulaverat. Contingebat hoc ut plurimum in interrogationibus, quae in jure coram praetore fiebant. Qui enim respondebat, suo responso vel mendacio se illaqueabat, ut quasi ex contractu obligatus esset. *l.* 11. §. 9. *ff. de interr. in jur. fac.* Voluit enim praetor adstringere eum, qui convenitur ex sua responsione, ut vel confitendo vel mentiendo sese oneret, ut inquit Ulpian. *in l.* 4. *ff. eod.* Ideoque si quis interrogatus de servo, qui damnum dedit respondit suum esse servum, tenebitur l. aquil. qua dominus *l.* 8. *ff. eod.* et si quis cum haeres non esset, interrogatus responderit se ex parte haeredem esse, sic convenietur atque si ex parte haeres esset, fides enim ei contra se habebitur in poenam mendacii *l.* 11. §. 1. *ff. eod.* Sic etiam qui ex parte haeres erat, dixit, se haeredem esse ex asse, mendacii hanc poenam feret, quod in solidum conveniatur: non enim debuit mentiri *l. cit.* §. 3. Atque sic facile apparet, cur is, qui in rei vindicatione et haereditatis petitione se offert liti, habeatur pro *ficto* possessore *l.* 25. *seqq. de rei vind. l.* 13. §. 13. *l.* 45. *ff. de haered. petit.* Constat videlicet, olim hanc oblationem coram praetore factam fuisse, poterat enim ante l. c. corrigere mendacium, et dicere, se non possidere, *arg. l.* 25. *ff. de r. v.* adeoque sine dubio quoque contigit ex responsione ad interrogationem, cum reus super possessione interrogari poterat *l.* 36. *ff. de r. v.* conf. *l.* 9. *pr. ff. eod.* licet super possessionis titulo interrogatus respondere non compelleretur *l. cogi* 11. *c. de haeredit. pet.* Post litem vero contestatam poenitentia non amplius erat concessa *l.* 25. *ff. cit.* ibique Ant. Faber *in ratione lit. c.* cum reiteratum ita mendacium propositum fallendi augeat: id quod etiam ad haereditatis petitionem applicari potest. Hillig. *ad Donell. lib.* 19. *c.* 13. *cit. l.* Interim reus, qui se obtulit liti, propter mendacium suum praestare tenetur, quanti juravit actor in litem *l.* 6. §. 2. *in fin. de confess.* ad rem enim restituendam condemnari nequit, quam non possidet. Cum itaque aestimatio litis hic praestetur in poenam mendacii, facile apparet, ita non liberari verum possessorem a rei vindicatione ad rem restituendam *l.* 7. *ff. de r. v.*

§. 23. Novum genus poenae (2) constitutum est in negantem se possidere, qui tamen postea de mendacio fuit convictus. Hoc enim casu perdidit possessionem, et illa acquiritur actori, licet suam esse non probaverit *l. f. ff. de r. v.* Quamvis enim dd. vulgatum assertum sit, neminem mentiendo facere conditionem suam deteriorem, tamen nescio, unde hoc Brocardicum ortum sit, cum notum sit, leges mentientibus non favere: illud vero praejudicium, de poenis mentientium non extendendis, mox conculcabitur.

§. 24. Caeterum ut haec poena mendacii locum habeat, certa sunt supponenda requisita. Requiritur enim (1) ut reus negaverit dolose per mendacium. Afflict. *decis.* 18. Cels. Bargal. *de dol. l.* 5. *c.* 14. *n.* 7. (2) specifice, unde hanc poenam cessare volunt, si generaliter et sub involucro verborum negaverit, Pacian. *de probat. c.* 19. *n.* 107. Brunnemann. *ad l.* 11. *de interr. in jur. fac. n.* 46. veluti si dixerit reus: *nego narrata prout narrantur*, quam assertionem tamquam cautelam a Bartolo, Imola aliisque antiquioribus Jctis fuisse summopere commendatam ad effugiendam poenam mendacii ostendit Bargal. *cit. l. n.* 9. sed recte Brunnem. *cit. l.* ipsam meram elusionem et cavillationem esse et patronos hujus cautelae adhuc pejores illis advocatis judicat, qui partes ad negandum instruunt. Nihil videlicet aliud agitur hac cautela, quam ut mentiri impune reis liceat, ita ut poenam mendacii non incurrant. Quia vero hodie litis contestatio generalis non sufficit, hinc quoque non amplius pessimum partibus praebebit praesidium haec cautela. (3) Ut neget ipsam possessionem, non titulum aut qualitatem ejus. Brunnem. *cit. l. n.* 48. (4) ut reus non revocaverit mendacium ante l. contestatam, alioquin poena cessat. Roland. *cons.* 88. *n.* 4. Bargal. *cit. l. n.* 9. (5) ut actor probet, quod reus tempore negotiationis revera possederit, hoc enim non probato dici nequit, ipsum haerere in mendacio. Unde intelligere non possum, quare Bargalius *cit. l. n.* 11. asserat, non ob solum mendacium reum plecti, sed ob laborem quoque actoris, quem susti-

nuit in probando alterum possidere, revera enim haec probatio ex natura ipsius negotii necessaria est, cum mendacium tanquam delictum non praesumatur, sed doceri debeat. Ideoque tunc demum mendacium est, cum probatum contrarium a parte adversa fuit. Ergo revera tantum poena haec propter mendacium imponitur. (6) ut actor petierit hoc beneficium. Pacian. *cit. l. n.* 6. Cels. Bargal. *cit. l. n.* 12. quodsi ergo petierit se ad probandum admitti, non, ut possessio sibi adjudicetur, postea ad hoc remedium recurrere nequit. Id. *cit. l.*

§. 25. Recte vero dd. hanc poenam mendacii quoque in alia omni actione reali locum habere ajunt ob odium mendacii, quod utique non minus in aliis realibus quam rei vindicatione refrenandum est, conf. Joh. Petr. de Ferrac. *pract. pap. tit. 1. gl. 2. num. 1.* Dominus Praeses diss. *de probat. per interrog. ad vers.* §. 22. *seqq.* ubi § 24. hanc poenam mendacii etiam actionibus in rem scriptis adjudicat. conf. Brunnemann. *cit. l. n.* 51. Bargal. *cit. l. n.* 14. *seqq.* ubi plures adducit limitationes et ampliationes, quas tamen hic omnes excutere ratio instituti non permittit. Commode quoque huc refertur poena mendacii in feudalibus, si videlicet vassallus domino negaverit rem esse feudalem, quo casu plane amittit feudum 2. *f.* 26. *c.* 3. *et* 5. *et* 2. *f.* 34. *c.* 1. id quod egregie explicant Caspar Bitschius *in comment. ad cit. text.* et Brunnemann. *ad cit. l.* 11. *n.* 60. ad quos hic b. l. brevitatis studio ablego.

§. 26. Est adhuc (III) singularis aliqua poena constituta in mendaces litigantes, ubi nimirum lis inficiando crescere dicitur, scilicet in duplum. Primum exemplum est in deposito miserabili tempore incendii, naufragii vel tumultus facto *l.* 1. §. 1. *et* 2. *ff. depos.* separarunt autem leges hoc depositum a simplici ex justa ratione, quippe cum quis fidem alterius elegit, nec depositum reddatur, ordinarie contentus esse debeat simplo: cum vero necessitate extante deponat, crescit perfidiae crimen et publica utilitas coercenda, vindicandae reip. causa; est enim inutile seu adversatur utilitati publicae, in causis hujusmodi fidem frangere, ut ait Ulpian. *in cit. loc.* §. 4. conf. Frantzk. *ad cit. tit. n.* 99. Arias de Mesa *lib. 2. var. resol. c.* 34. *n.* 384. Quae ratio utique suadet, non tantum hanc poenam esse restringendam ad casus necessitatis *in cit. loc.* a praetore expressos, sed ad similes extendi utique debere, veluti si depositum fiat propter hostium incursum, propter inundationes aquarum Cels. Bargal. *tr. de dolo lib.* 5. *c.* 14. *n:* 38. vel si peregrinans in gravi morbo constitutus teneatur eligere fidem hospitis. Brunnemann. *ad cit. loc.* 11. *n.* 77. conf. Zahn. *de mendac. lib.* 2. *c.* 26. *n.* 2. Imo cum ita negans in evidenti dolo sit, poena quoque infamiae in ipsum redundat *l.* 1. *ff. de his qui not. infam. l.* 10. *c. depos.* Zahn. *cit. loc. n.* 3. Imo accedit et tertia poena, quod suppositis terminis habilibus contra talem habeat locum juramentum in litem *l.* 1. §. 526. *ff. depos. l.* 3. *eod.* Tabor. *dissert. de in lit. jur. th.* 45. P. Muller disput. *de depos. miser. th.* 20. juramentum autem in litem genus poenae esse patet *ex l.* 1. *et* 8. *ff. de in litem. jur.* Certe admodum proficuum et utile foret, poenam hanc dupli in genere in deposito omni recipere, imo ulterius jus divinum hic sequi in praxi, ubi gravior adhuc poena constituta est, quintupli scil. *Levit. V. in fin.* neque enim satis ejusmodi dolus coerceri potest, ubi quis fide alterius electa per negationem depositi decipitur, quod non potest non incidere in crimen furti.

§. 27. Alter casus est in damno injuria dato, ubi itidem reus dolo negans duplum praestare tenetur in poenam mendacii *l.* 2. §. 1. *l.* 23. §. 10. *ff. l.* 4. *c. ad l. aquil.* et quidem illud duplatur, quod alias simplum ex primo vel tertio capite praestare debebat. Cels. Bargal. *cit. loc. n.* 42. Eadem quoque poena merito obtinet, si quidem non neget ipsum datum, sed neget, se per dolum aut culpam illud dedisse, quia sic ipsa quasi substantia delicti hujus negatur B. Brunnem. *ad cit. l.* 11. *n.* 81. In eo autem non conveniunt dd. inter se, utrum duplum illud actor praecise petere teneatur, an vero judex illud ex officio decernere possit. Prius requirit dn. Struv. *ex.* 14. *th.* 25. Perez. *ad tit. ad l. aquil. n.* 16. Sichard. *ad l.* 4. *c. eod. n.* 10. Posterius asserit Treutl. *disput.* 18 *th.* 10. *lit. e.* Brunnemann. *ad cit. l.* 11. *n.* 82. Celsus Bargal. *cit. l. n.* 45. sibi tamen non adeo constans, quorum sententia merito amplectenda. Neque enim actor semper praevidere potest, reum malitiose negaturum esse et venit haec dupli praestatio ex natura actionis ipsius, ubi sese merita exserit officium judicis suppletorium, vid. *l. un. c. ut quae desunt advoc. part.* praesertim cum haec poena ad integritatem judiciorum conservandam et lites abbreviandas faciat, quae cura omnino ad judicem spectat.

§. 28. Tertius casus est in legatis piis causis relictis, ubi duplex in malitiosos negantes constituta est poena (1) praestandum duplum (2) si ex errore plus fuerit solutum, illud condici nequit condictione indebiti §. *ult. j. de obl. quae. quas. ex contr. nasc.* §. 1. *j. de poen. tem. litig.* Eamdem poenam nonnulli extendunt ad alia legata, quae relicta sunt fisco, reipublicae etc. plerique vero negant, uti apparet ex iis, quae hanc in rem fusius disputat Cels. Bargal. *cit. l. ne.* 59. Priorem autem sententiam merito praevalere inferius manifestum fiet, ubi commune praejudicium rejiciam, poenas mendaciorum non esse extendendas. Id tamen facilius largiuntur dd., hanc poenam quoque locum habere in relictis ad curam pauperum vel redemptionem captivorum, cum privilegia ecclesiis concessa praestentur etiam pauperibus *arg. l.* 22. *c. de ss. eccles. l.* 49. *c. de episc.* Brunnemann. *cit. l. n.* 79. Gravior ratio dubitandi est, utrum etiam haec dispositio poenalis locum sibi vindicet in executoribus ultimarum voluntatum? Affirmativam ut durissimam rejicit Cels. Bargalius *de dolo lib.* 5. *cap.* 14. *n.* 57. Cum nemini officium suum esse debeat damnosum: imo hoc extendit, ut, etiamsi utilitatem quamdam capiat ex testamento, tamen non haec poena mendacii, sed alia nempe privatione relicti coerceri debeat. Verum haec non cohaerere, facile mecum quilibet judicabit. Regula enim, quod nemini officium suum debeat esse damnosum, cessat, utique in dolo et delictis, ubi non officium est damnosum, sed dolus punitur. Et quid aequius est, quam ut executores eodem modo puniantur, quo ipsi haeredes, quia etiam eodem modo tenentur actione ex testamento, sicuti haeres *l. si quis ad declinandam 49. c. de episc. et cler.* Nec obstat, quod non aeque lucrum sentiant; nam poena non tam respicit lucrum quam dolum et ipsum mendacium in

fraudem piae causae commissum. Unde multo magis hoc admittendum, si etiam simul executori quid relictum. Nec obstat, quod in *nov.* 131. *c.* 11 executoribus differentibus adimplere voluntatem defuncti, auferatur id quod eis in testamento relictum est. Nam quamvis aliquando in jure aequiparentur inficiatio et ipso rei instatio, id tamen universaliter accipi non potest, adeoque cum *dict. nov.* 131. non de poena mendacii sed procrastinationis agat, hic nullum decisioni impedimentum injicere potest.

§. 29. Quartus casus occurrit *in l. f.* §. 10. *c. de jure del.* Ubi poena dupli statuta est in haeredem in inventario bona quaedam occultantem et celantem, adeoque per consequentiam negantem per mendacium, illud, quod occultavit in massa haereditaria reperiri, quam quidem poenam hodie non obtinere dd. dicunt, sed arbitrariam indulgent, Richt. *decis.* 59. ubi praejudiciis rem confirmat: sed illud quidem depravatis moribus adscribendum, quibus poenae mendacii fere exoleverunt. Jure Würteberg. talis dolose celans tenetur universa pro stare legata et omne aes alienum exsolvere. vid. *Land Recht. p.* 3. *t.* 22. §. *Und da eine Erbe.*

§. 30. Quintus casus est in *authent. contra qui propriam c. de non num. pecun.* ubi poena dupli statuta est in eum (1), qui propriam scripturam. ex qua in judicio convenitur, tamquam ex instrumento probante malitiose abnegat et de mendacio convincitur, sine juramento tamen. Juramento enim praestito tantam punitur in expensas; priori tamen casu praeter dupli praestationem etiam exceptionem solutionis, quam forte habuit, perdit (2). Qui si recognoscit quidem scripturam, sed negat malitiose, se recepisse, quod in ea continetur datum, et tamen dedisse se probaverit actor. Non vero necesse est, ut duplum statim ab initio petatur, sed simpliciter debitum peti potest, et si post neget manum, se offerre creditor debet ad probationem, qua legitime facta, jam petere duplum adhuc possum. Siebard. *in rubr. c. de non num. pec. n.* 8. Requiritur autem hic, ut persistat in malitiosa negatione, usque dum convictus fuerit; Bargal. *cit. l. n.* 82. Ab expensis tamen liberari nequit, licet confiteatur antequam fuerit convictus, imo utile foret pro abbreviandis processibus, etiam hic certam poenam constituere, quia malitiosi rei hoc modo facile possunt evadere poenam, si modo demum confiteantur, postquam animadvertant, se mox convincendos esse. Eadem poena dupli quoque obtinet, si creditor neget apocham a se scriptam, vel eam quidem agnoscat, sed neget malitiose solutionem. Bargal. *cit. l. n.* 83. Brunnem. *ad l.* 11. *cit. n.* 66. Cardin. Tusch. *lit. m. conclus.* 188 *n.* 36. Zahn. *de mendac. lib.* 2. *c.* 21. *n.* 1. Caeterum et hic nimis timidi sunt dd. in extendenda hac poena ad alia instrumenta; inprimis miratus sum, quod Bartol. et Baldus *ad cit. authent. n.* 4. ad instrumenta publica illam extensionem reprobent, quod tamen rationem nullam habet, et major est perfidiae ratio in negatione instrumenti publici quam privati. Simili ratione satis providus est Salycetus *ad d. authent. n.* 4, ne poenam mendacii locum habere statuat post biennium, quod creditor non amplius sit gravatus onere probandi. Sed cum poena dupli non propter hanc rationem, quod creditor gravetur onere probandi, sed quod malitiose neget et mentiatur, sit constituta, recte contra Salycetum defendi potest, etiam hanc poenam post biennium locum habere.

§. 31. In certis quoque casibus (IV) judicialia mendacia punienda esse statuitur amissione beneficiorum seu jurium negantibus alias indultorum, quos casus breviter hic subjicere lubet. Primo ita puniuntur fidejussores, negantes se fidejussisse; amittunt enim beneficium divisionis *l. si dubitet* 10. §. 1. *de fidejuss.* imo et beneficium ordinis; quod inique negat Tessaurus *decis.* 50. in quam sententiam etiam inclinat Cels. Bargal. *cit. l. n.* 96. Conf. interim Matth. Coler. *de process. execut. p.* 1. *c.* 10. *n.* 397. Berlich. *p.* 2. *concl.* 24. *n.* 91. Pacianus *de probat. c.* 19. *n.* 27. Seraphin. de Seraphin. *de juram. privil.* 31. *n.* 45. Carpz. *p.* 2. *c.* 18. *def.* 6. *n.* 1. Ubi tamen requiritur (1) ut dolose negaverit. Hering. *de fidejuss. c.* 27. *p.* 1. *n.* 218. Tessaur. *cit. loc. n.* 45. (2) ut expresse neget fidejussionem. Berlich. *cit. loc. n.* 95. (3) et persistat in negatione. (4) ut ipse fidejussor negaverit. Deinde notum est, tutoribus pluribus quoque eadem beneficia competere, quae fidejussoribus; quid igitur aequius est, quam in his, si mentiantur dolose, se esse tutores, eamdem quoque poenam admittere, quamvis etiam hic quoque dd. plures contrarium statuant, ut apparet ex iis, quae fusius hanc in rem disserit Cels. Bargal. *cit. l. n.* 117. et Brunnem. *ad cit. l.* 11. *num.* 88. ubi dissentientibus fusius respondet, et satis hanc sententiam defendit. Quin et contra eum tamquam suspectum agi potest, et jurari in litem. Zahn. *de mend. lib.* 2. *c.* 96. *n.* 6. Ulterius sociis, societatem negantibus, denegatur beneficium competentiae *in l. sed hoc ita* 22. §. 1. *ff. de jud. l. si unus* 67. §. *ult. pro soc.* quod ad alios quoque extendendum puto, quibus similiter hoc beneficium competit, uti inferius adparebit. Pertinet huc quoque, quod haeres rem haereditariam esse negans et propriam contendens, deinde convictus de mendacio, amittat beneficium l. falcidiae *l.* 68. §. *f. ff. ad l. falcid.* ubi additur haec ratio, quod parum intersit, subtraxerit an haereditariam esse negaverit. Eodem modo debitoribus non sua culpa sed fortunae iniquitate lapsis competit beneficium cessionis flebile *l.* 7. *et ult. c. qui bon. ced. poss.* Nov. 135. Verum merito indigni sunt illo beneficio, qui cessuri bonis ex malitia et dolo partem bonorum indicant, partem per mendacium celant. Myns. *ad* §. *f. j. de action. n.* 10. Mevius *tr. discuss. levam. inop. debit. c.* 5. *n.* 133. subtrahens enim quippiam ex bonis similis est neganti *l.* 68. §. *f. ff. ad l. falcid.* deinde etiam qui dolose debita creditorum inficiantur, deque iis postea convicti, condemnantur *l.* 22. *in f. de jure judic.* Umm. *ad process. disp.* 23. *n.* 27. Manz. *in patroc. deb. dec.* 2. *qu.* 8. *n.* 49. Aliud vero dicendum de negante per justam ignorantiam. Berlich. *p.* 2. *concl.* 24. *n.* 94. Conf. Zahn. *de mend. l.* 2. *c.* 22. *n.* 3.

§. 32. Atque ex his exemplis jam constat, satis in jure puniri mendacia. Neque enim omnes casus hic congerere integrum fuit, ne alias labor hic limites justae disputationis excederet, et si modo conferantur, quae Zahn. *de mendac.* integro tractatu scripsit, facile egregiam providentiam juris romani contra falsiloquos mecum extollet. Unicum illud adhuc addendum, mendaces adeo in jure praesumptionem contra se habere, ut semel mendax semper praesumatur talis. Ma-

scard. *de probat. lib.* 1. *concl.* 531. *n.* 19. Cravetta *cons.* 142. *n.* 17. id quod fluit ex vulgata praesumptione, semel malum semper talem praesumi. vid. dn. Hornii Jcti Witteberg. Claris. *disp. de semel malo.* Menoch. *lib.* 5. *praes.* 32. Alciat. *de praesumpt. reg.* 2. *praes.* 7. Quin etiam apud alias gentes mendacia non fuerunt impunita, quod ulterius deducit Cels. Bargal. *lib.* 5. *c.* 15. *n.* 33. *seqq.* ut et Zuhn. *de mendaciis lib.* 2. *c.* 1. Inprimis vero in sacris literis mendacia vehementer improbantur et damnantur, cum revera proveniant a patre mendaciorum, diabolo scilicet. Quid igitur aequius et justius est, quam a christianis longe haec abesse vitia; quid vero turpius et christiano nomini indignius, quam asserere, mendacia inter christianos esse impunita et quasi permissa.

§. 33. Quemadmodum itaque mendacia simplicia satis punita fuerunt apud Romanos, hinc mirandum, quod plerique dd. in ea haereant haeresi, ac si perjurium sit extra omnem poenam in jure romano, cum tamen perjurium non sit simplex sed duplicatum mendacium. Rationibus in contrarium plerumque moventur his (1) quod hoc delictum, quemadmodum etiam blasphemia immediate tendat in injuriam ipsius Dei, adeoque Dei quidem ultioni relinquendum, non vero humanis coercendum poenis, cum tantum illa delicta punienda sint, quae turbant tranquillitatem publicam, non quae ipsum Deum laedant (2) adducunt pro hac sententia *l.* 2. *c. de reb. cred.* ubi imp. ita: *jurisjurandi contempta religio satis Deum ultorem habet*, quemadmodum etiam Tiberius apud Tacitum *lib.* 1. *annal.* ait: *deorum injurias diis curae esse.* Hinc fieri inquiunt (3) quod in jure romano non sint generaliter poenae constitutae in perjuros, sed tantum in certis casibus, veluti in *l. si quis major.* 41. c. *de transact.* quae tantum loquitur de violata transactione jurata. Similiter *ad l.* 22. *ff. de dol. mal.* respondent, illam esse explicandam secundum *l.* 2. *c. de reb. cred. l.* 13. §. *fin. de jurejur.* loqui de violata majestate principis *l.* 1. §. 1. *ad l. Cornel. de sicar.* propter concurrens crimen falsi poenam decernere. *l. fin. ff. de crim. stell.* intelligendam esse de crimine stellionatus, et propterea poenam exilii imposuisse. Hinc etiam Carpzov. *prax. crim. p.* 1. *q.* 216. textus hos similes vel non tanti esse ponderis ait, ut propterea a clarissimo sensu *l.* 2. *c. de reb. cred.* sit recedendum confer. Joh. Robert. *pract. criminal. qu.* 46. *n.* 23. ubi inprimis se fundat in particula *satis* occurrente *in l.* 2. *cit.* cujus hanc virtutem esse ait, ut nihil requirat vel admittat ulterius. Unde etiam dissentientes *art.* 107. *et seqq. c. crimm. car.* restringunt ad casus ibi propositos et ad omnia perjuria extendere nolunt. Verum haec omnia non sunt tanti momenti, ut contrarium evincere possint. Perjurium enim esse delictum poenis humanis subjectum probant exempla tot gentium, adducta a Zuhnio *in tract. de mendac. l.* 3. *c.* 14. ut et leges allegatae, quin et ratio genuina, cum perjurus non tantum violet majestatem ipsius Dei, sed ut plurimum simul jus tertii, imo quae juramenta parvi ducit, rumpit simul vinculum illud humani generis, et inprimis, quod constringit cives ad debitum obsequium principi praestandum, si enim perjuria non puniantur, neque etiam religionis vinculum inter cives, quod ut servetur rei interest publicae, illibatum salvumque erit. Neque proinde probandum est argumentum a dissentientibus afferri solitum, non puniendа esse delicta, quae immediate tendunt in Dei ipsius contumeliam; licet enim haec a Deo puniantur, non tamen excludetur poena humana, praesertim cum magistratus sit custos utriusque tabulae, et sic etiam curare debeat, ne peccetur contra praeceptum secundum. Imo eo severius essent talia delicta punienda, quo magis pius princeps religionem summi Numinis inter cives conservare omnipotebit. Sane quo minus talia delicta punit magistratus, eo major vindicta divina imminet toti provinciae. Quem vero in finem tot juramenta in judiciis deferuntur, imponuntur et approbantur, si non magistratui civili cognitio de perjurio simul sit concessa? Et satis infirmum, meo quidem judicio, est argumentum, quod *ex l.* 2. *c. de r. c.* adducunt. Bene enim Vultejus *in* §. 11. *n.* 20. *j. de action.* annotat, nullam esse consequentiam hujus assertionis, perjurium Deum habet ultorem, ergo legibus civilibus non puniendum, siquidem et reliquorum criminum se Deus ultorem profitetur, vel etiam possent referri haec verba ad inconsulta et ex calore facta perjuria vid. Anthon. Matth. *in tr. crim. lib.* 47. *tit. vet. n.* 1. Brunnemann. *ad l. dies* 2. *n.* 11. Setser. *de jaram. l.* 2. *c.* 27. *n.* 12. Bachov. *ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 21. *th.* 8. *lit. a.* Borcholt. *de jurejur. c.* 8. *n.* 51. *seqq.* Hahn. *ad Wesenb. tit. de jurejur. n.* 12. Frantzk. *ad tit. cit. n.* 168. Caeteras interpretationes hujus textus ut non tangam, quas succincte recenset Zuhn. *de mend. lib.* 3. *c.* 15. et certe jure civili punitum esse perjurium satis abunde colligi potest ex *l.* 22. *ff. de dol.* ubi dicitur: *sufficit perjurii poena.* Quomodo vero possunt illa verba intelligi secundum *l.* 2. *c. de r. c.* si enim perjurium habet poenam, non est relictum ultioni divinae, quae certe inter se alias pugnare videntur. Et certe si *l.* 21. *antecedentem de dol.* inspexeris, apparet, quaestionem fuisse, utrum perjurio probato stari debeat rei judicatae? et deciditur, standum quidem esse religioni, puniendum tamen simul perjurium. Quod vero in jure civili tam variantes dispositiones circa perjuria occurrant, non eo pertinet, quasi perjuria non fuissent punita in jure, sed quod non eadem poena fuerit constituta in perjuros, quippe variare poena debet pro varietate circumstantiarum, quae hic occurrere solent. Et sane perjurii poenam satis luculenter probant *art.* 107. *et* 108. *const. crim.* ubi amputatio digitorum dictatur eis, qui juramentum corporale praestiterunt. conf. Daniel Clasen. *ad cit. text.* ubi distinctius de poenis hisce agit. Et denique si expedit reip. pro abbreviandis processibus, ut mendacia simplicia puniantur, quanto magis eidem expedit, punire perjuria.

§. 34. Caeterum in antecedentibus haud una vice notavi dd. timiditatem circa extensionem poenarum mendacii, hinc jam devenio ad tertium membrum, ostensurus, poenas mendacii et negantium ultra casus in jure expressos esse extendendas, ubi in aliis casibus similis est ratio. Id quidem plerumque dd. negare audent, non tam rationem habentes integritatis judiciorum, quam jejunarum quarumdam regularum. Ut autem res eo clarior fiat, statim placet eam declarare exemplo. Ex *l. si unus* 7. §. *fin. ff. pro soc. l.* 22. §. 1. *ff. de re jud.* apparet, socium amittere beneficium competentiae, si negaverit se esse socium. Quaeritur jam, an recte sese habeat communis dd. regula, quam inde faciunt; quod negans id dolose, quod est

causa privilegii, amittat id privilegium v. c. an maritus se maritum negans, amittat beneficium competentiae? Paianus *de probat. lib.* 1. *c.* 19. *n.* 29. id negat, fere unica ratio decipit dissentientes, quam etiam hic sequitur Paianus, quod in poenalibus non habeat locum extensio, praesertim si poenae sint irreparabiles, quam circumstantiam peculiariter in casu praesenti concurrere Paianus arbitratur. Sed certe ego videre non possum, qua ratione hic maritus irreparabile damnum incurrat, si solvit, quod debet, et si poenam mendacii luat, unde recte b. Brunnemann. *ad l.* 11. *ff. de interrog. in jur. fac. n.* 86. extensionem hic admittit. Quin etiam Jason *in l. sicut autem* §. *quod autem ff. de re judic.* hic non respuit extensionem ad omnes alios, quibus competentiae beneficium competit, quamvis alias extensionem poenarum mendacii aegre admittere soleat, saepius propterea notatus Cels. Bargal. *tract. de dolo lib.* 8. *cap.* 14. Et lubricum certe est fundamentum, quod dissentientes et ipse Jason ubique ingeminant, in poenalibus non habere locum extensionem: fluit enim haec conclusio ex vulgatis regulis interpretandi, odiosa esse restringenda, favorabilia vero extendenda: jam inferunt: poenae sunt odiosae, ergo restringendae. Verum non examinabo jam pluribus veritatem harum regularum, sed κατ' ανθρωπον disputaturus, nego omnes poenas esse odiosas, imo plurimas esse favorabiles et sic extendendas. Et sane cum intersit reipubl. lites abbreviari, et vero ad illas abbreviandas multum faciat, si puniantur mendacia, uti mox dicam, quid favorabilius pro salute reipubl. esse potest, quam extensionem admittere in eo, per quod tranquillitas publica promovetur. Si salus publica suprema lex esse debet, uti est, quid magis officio boni et sinceri judicis conveniens est, quam spretis dd. opinionibus, poenas hujusmodi ad similes casus, licet non expresse in jure notati sint, extendere, juxta monitum jcti. *in l.* 13. *ff. de ll.* inquientis: *quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera quae tendunt ad eamdem utilitatem vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri.* Jam ad similes casus si poenae mendaciorum applicantur, eadem utilitatis ratio occurrit. Et cum secundum *l.* 6. §. 1. *ff. de v. s.* sensus legum sic accipiendus est, *tam ex sententia quam ex verbis*, nihil manifestius est, quam extensionem hic admittendam esse. Tota enim legislatio romana, uti statim probabo, eo intenta fuit, ut mendacia ideo puniret, ne corrumperentur judicia et lites immortales fierent. Ex hac itaque intentione leges tales sunt dijudicandae.

§. 35. Ut itaque ad caput primarium, propter quod praesens haec disputatio conscripta, perveniam, reliquum est, ut ostendam utilitates, quae ex hac romana legislatione redundant in universam rempublicam. Ubi quidem obstare videtur communis assertio a patronis mendaciorum objici solita, quod poenae mendaciorum hodie sint extra omnem usum, adeoque frustraneum sit, quaerere usum quem lam ejus doctrinae, quae nunquam deducta est in praxin nostram. Sed permittent illius sententiae fautores, me jam quidem ad hanc objectionem non respondere, cum id post ostensum usum hujus doctrinae facilius fieri possit. Cum vero poenam mendaciorum potissimum quaeramus in abbreviandis et amputandis processibus, ante omnia videndum est, quanta obstacula et remoras processui injiciat impunita mentiendi in judiciis licentia. Equidem video etiam Venturam de Valentiis *in parthenio litigioso lib.* 1. *c.* 10. inter casus cursum justitiae remorantes posuisse mendacia et falsitates, sed revera nil nisi locos communes de mendacio consarcinavit, illudque turpe et prohibitum esse docuit. Quis vero sanus hoc in dubium vocabit? Neglexit itaque ostendere specialibus damnum illud infinitum, quod ex impunitate mendaciorum redundavit in nostram praxin; generaliter illud complectitur *cit. l. n.* 38. inquiens: *processus voluminosi in judiciis agitati sunt vestigia et semina mendaciorum, quae si cessarent et veritas amaretur, non opus esset tot cautidicis, notariis et aliis, sed soli judices sufficerent, qui in litibus dubiis libros volutarent et veritatum rationem invenirent facto constante nec abscondito pessimis mendaciis.* Videlicet hoc primum et principale impedimentum cursum justitiae remoratus est, quod factum ipsum, de quo et ejus minimis circumstantiis judici adeo laborandum est, tot simulationibus, falsitatibus aequivocationibus subdolis et apertis mendaciis partes litigantes utrinque involvant, ut saepe judices in vim facti ipsius penetrare omni adhibito judicio haud possint. Unde tot de novo utrinque faciendae sunt declarationes, et partes saepe admittendae ad novas deductiones, et quod statim ab initio clare distincte et absque omni ambiguitate vel binis verbis dici poterat, hoc demum magno cum labore et magno temporis cum dispendio judex seu referens ex actis eruere, et quasi hariolando consequi debet. Inde duplex damnum oritur (1) quod partes ita in ipso facto variantes et illud subdole ambigue proferentes, se invicem provocent ad longiores deductiones, unde brevi tempore in ingentia volumina acta excrescunt, (2) quod ubi jam acta ad referendum alicui ex assessoribus dantur, illi multo tempore indigeant, tum in perlustrandis tot voluminibus, tum veram facti speciem ex tot ambiguis anfractibus litigantium, ex tot subdolis subterfugiis evolvendi. Neque enim existimandum est, litigantes semper mendaciis manifestis uti, sed hodie magis illa arridet cautela, vel cujus subterfugia quaerunt varia, ambiguis utendo verbis, ita tamen comparatis, ut postea illa in suum semper favorem interpretari possint, quo ipso totum processum ambiguum reddunt.

§. 36. Non incommode quoque huc refero illa ipsa subterfugia et simulationes, quae in ipso litis ingressu ante litem contestatam fieri solent communiter. Licet enim non sint semper mendacia formaliter, sunt tamen ingentia impedimenta veritatis indagationi obstantia, imo aliquando pura puta mendacia. Quid enim dicemus, si litigantes opponant exceptionem inepti libelli, quem salvari posse vident, nonne mendacium committunt in effectu? vel nonne id agunt subdoli et vafri, ut judicem a tramite veritatis hoc ipso deducant. Et tamen saepe tam longum tempus hisce disputationibus super aptitudine libelli insumitur, intra quod totus processus finiri potuisset. Boni itaque judicis officium est, tales inutiles exceptiones statim rejicere, quod eleganter explicat Mevius *p.* 2. *decis.* 349. *n.* 2. 3. ubi conqueritur simul, quod tam multa supervacue in litem veniant, et processus eo ipso saepe confundantur. Videlicet existimant advocati, se non

prudenter processum instruere, nisi ante litis contestationem magnum catalogum dilatoriarum exceptionum in scenam producant, unde summo studio tot exquirunt, quot habere possunt, licet saepe non ignorent, nullius esse momenti ejusmodi exceptiones oppositas. Plerumque enim judex pronunciat, *dass Beklagten einwenden ohngehindert sich auf die Klage einzulassen und litem zu contestiren schuldig.*

§. 37. Cum itaque reorum sit *fugere*, si praxin respiciamus, et actorum etiam *simulare*, inde uterque plerumque contra veritatem laborat, ex quo nova oriuntur incommoda, ut quia sincere agere desierunt, non mirandum, quod ita lis ex lite crescat, et tot novae emergant controversiae, quot modis agere contra veritatem annituntur. Sic quia reus fugit confessionem sinceram, saepius ingentes dubitationes occurrunt, utrum litis contestatio recte sese habeat. Utrum confessus fuerit nec ne? cui onus probandi injungendum? pro quo fortiores sint praesumptiones? utrum probandum sit, quod probare debebat? utrum testes sint habiles? utrum instrumentum sit integrum an suspectum? Imo innumera puncta non sine incommodo saepe interveniunt, quorum decisionem alter graviter urget, interim principalis causae decisio suspenditur. Ratio horum omnium est, quod partes sinceritate nulla ducantur, sed quilibet alterum in processu decipere tentet, imo si praxin respicias, fere ad litigantes applicari posset, quod Jctus praedicat de contrahentibus, in *l.* 16. §. 4. *ff. de minor. litigantibus naturaliter se licere circumvenire.*

§. 38. Inprimis autem in litis contestatione damnum ingens processui injiciunt mendacia, ubi nemo tam sincerus est, ut, licet juramentum calumniae praestiterit, et in eo promiserit, se interrogatum nolle diffiteri et negare, directe confiteatur, sed potius contra propriam conscientiam semper neget. Bene Ventura de Valentiis *in parthen. litig. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 26. hac de re disserit: *reorum proprius ille mos est, ut perpetuis apertisque frustrationibus et tergiversationibus, actorem fatigando morentur litem, quod ea sola calliditate atque malitia fieri videant, ut morentur etiam condemnationem et propterea φιλογονεις dicantur.* Videlicet litis contestatio est quasi caput et fundamentum totius processus, quia exinde demum judicatur, utrum processus et quatenus adhuc futurus sit, unde etiam dicitur basis et fundamentum ipsius judicii *l. un. c. de lit. cont.* ibique b. d. Brunnem. *n.* 6. Gail. *in obs.* 74. *n.* 1. 2. Mev. *p.* 2. *dec.* 293. adeoque ut ex defectu hujus totus processus vitietur. Vant. *de null. ex defect. process. n.* 28. Coch. *de judic. lib.* 1. *c. ult. in f.* et sic ne quidem in causis summariis omitti possit. Zang. *de except. p.* 1. *c.* 2. *n.* 29. Carpzov. *p.* 1. *cap.* 2. *def.* 17. *num.* 2. Apparet itaque, quantum dependeat a litis contestatione genuina. Et si verum dissimulare nolo, hic revera est prima et fundamentalis materies mali omnis, ex quo tot incommoda disperguntur per totum processum. Quis enim viderit unquam reos sincere confiteri, sed audacter jurant, se confessuros veritatem, et nihil minus faciunt; imo, quod pessimum, advocati et rabulae, quorum primum principium est, *si fecisti, nega*, clientes suos ad negandum inducunt et adhortantur. Norunt enim litigantes, ita reum adigi ad probandum et statim pronunciari, *dass Klaeger den Grund seiner Klage und so viel Beklagter ihn daran verneynet, zu beweisen schuldig sey.* quo ipso duplicem capiant utilitatem, vel ut sperent, actorem plane in probando defecturum esse, cum sciant, jus actionibus non deficere, sed probationem *lib.* 31. *ff de test. tut.* vel etiam ut eum ita nimiis probationibus defatigent, ut vel plane liti cedere vel transigere teneatur; vid. P. Frid. *de contin. caus. cap.* 2. *n.* 1.

§. 39. Et revera hodierna probandi ratio, quae juri canonico quoad partem maximam debetur, ita comparata est, ut lites per illas immortales fieri necessario debeant. Quot enim exceptiones contra personas, contra dicta testium opponi possunt? quot disputationes inde oriuntur? Et deinde, si alter ad probationem elisivam se admitti petat, nova mora injicitur processui, vel de novo utriusque disputationes super iis, quae ab utraque parte probata sunt, oriuntur. Quis vero dubitet, eo modo processus non extendi posse ad plures annos. Neque sic quidem, ubi vel maxime tandem sententia fertur, omnis superata est difficultas, nam tunc tergiversator adhuc tot latebras et subterfugia habet, ubi in mendaciis suis ulterius potest impune refugium et praesidium quaerere, ut fere de exitu litis desperari debeat. Ubi enim ad appellationem devenitur, is, contra quem sententia in prima instantia lata, satis confugit ad beneficium (ut vocant, rectius diceres ad impium iniquissimorum hominum praesidium) *legis per hanc 4. c. de tempor. appell.* vi cujus appellantibus indulgetur, non deducta deducendi et non probata probandi. Sed vero hoc novum mentientibus praesidium lites protelandi. Novae enim deductionis et probationis licentia, praesertim ubi res ad summa imperii tribunalia devolvitur novam et taediosam requirit indaginem et moram, de quo valde conqueritur illustr. dn. Ludolph. Hugo, vice-cancellarius potentissimi electoris Hannoverani in eruditissimo tractatu *de abusu append. tollend. c.* 3. inquiens: *compertum est, appellantes plerumque in libellis gravaminum nil nisi acta prioris instantiae coccillari, vel vero nova afferre subtilia, inepta,* ἀλλότρια *vel etiam omnia haec miscere. Sunt quidem haec omnia vetita legibus. Quid enim minus concedendum est in judiciis, quam actum agere? sed quaeritur quomodo ab appellationibus hoc impetrari possit?* Unde gravissimas rationes et momenta praelaudatus auctor summo cum judicii acumine adfert *in cit. tract.* quibus ostendit, e re esse et reipublicae et judiciorum, ut hoc remedium penitus aboleatur et lege publica prohibeatur. Revera enim sub hoc clypeo mendaces novam occasionem habent temeritatem suam exercendi. Quodsi enim in prima instantia condemnati sunt, et jam ad novam reprobationem deductionemque admittuntur, apertum habent campum, lites inanibus deductionibus protrahendi, et tamen tandem sententia prioris instantiae confirmatur. Et ita, ut loquitur Ventura de Valentiis *cit. tr. lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 20. antidotum vertitur in venenum.

§. 40. Haec itaque adeo aperta et manifesta sunt, ut nulla tergiversatione negari possint. Et tamen plerique judices hic magis muti sunt quam pisces; sufficere credentes, si res conscientiae litigantium committatur. Interim juramentum calumniae quotidie praestatur, et tot fere perjuria fiunt, quod praestantur juramenta calumniae. Licet enim aliquando reus justam ha-

beat causam litem negative contestandi, et hactenus in eo perjuriumnon fiat, tamen cum simul jurare teneantur, *se nullam probationem in toto lite exacturos, nisi quam pro veritate necessario putaverint exigendam* vid. *r. i. de anno* 1654. §. *über dieses*, ut plurimum hic perjuri fiunt, cum prima litigantium cautela esse soleat, reum vel etiam aliquando actorem, si hic probare debeat, nimiis et supervacuis defatigare probationibus, quo ipso ostendunt, se bonam fidem haud agnoscere, nec veritati locum dare velle. Liceat hoc potius dn. Praesidis quam meis exprimere verbis qui *in praefat. ad Paciani tract. de probat.* ita de hac perversitate judicat: *quodsi his*, inquit, *jurisjurandi articulis severius insisteretur in judiciis, multae probationes, quibus postea cum magno temporis et sumptuum dispendio lites protelantur, et fere immortales fiunt, evitari possent. Sed eo res devenit, ut quam maxime in judiciis impune pejerare et mentiri liceat. Ut enim haec ita jurata sint, ubique tamen judiciorum videbis, audacter in litis contestatione negari omnia, et ita ab actore probationes plane supervacuas exigere Reum, qui certo novit, actoris intentionem veritati consonam esse, et fiduciam pro tegenda malitia in hoc solo collocat, quod actorem sufficienti vel luce clariori probatione destitutum sciat, aut si aliqua ipsi probatio supersit, hanc variis exceptionibus elidi posse confidat. Quae res inter alia movit Saxones, quod illud generale jusjurandum de calumnia abrogaverint, ne tot perjuriis onerentur judicia: verum illis repono: ita fenestram mendaciis eo majorem aperiri, si nulla jurisjarandi religione constricti, respondere possint, quid velint, et effrenatam potestatem ad vexandos homines in probationibus contra l. 1. in fin. ff. de Testib. indulgeri reo, qui sacramenti timore quadamtenus compesci potuisset, juxta l. 1. in fin. c. de jurejur. propt. calumn. Vel tandem si perjuria ita evitentur, annon impunitum manere debet mendacium, quod per malitiosam litis contestationem, singula actionis membra, reluctante conscientia negando, committitur? Sane judicia non hominibus, sed Deo celebrantur; in conspectu vero Dei, et qui ejus vices subit, Magistratus mentiri, idem crimen est, quam perjurium, cum pariter animae periculum contineat. Falsa enim opinione vulgo fascinati sunt homines, quod existiment, tamdiu in judiciis veritatem reticendi licentiam sibi competere, donec vel convicti vel ad juramentum adacti fuerint. Certe divinus legislator, quando in ll. suis duarum tabb. falsum testimonium a judiciis speciali praecepto remotum capit, non de teste agit, qui praevio juramento falsa profert, et ita perjurii reus est, sed solius falsiloquii rationem habet, circa ullam juramenti accessionem. Ignota enim juri divino judiciorum nostrorum regula est: nulli testi in judicio fidem habendam esse, cujuscumque etiam dignitatis sit, nisi praestito prius jurejurando; sed solis eorum verbis credebatur, quod scirent, se testimonii per mendacium prolati gravissimus sensuros poenas. Postquam vero in mores abiit, impunita esse mendacia, juramenta adhibere necessum fuit. Sed cum et hic in judiciis pejeretur saepissime, uti superius ostensum est in allegatis ex juramento calumniae articulis, quid tandem remedii inter ipsos christianos remanebit pro purgandis judiciis a tot perjuriis et mendaciis, et removenda a provinciis nostris divina vindicta, quae ipsis imminet ob publicam illam pejerandi et mentiendi impunitatem? Provoco enim ad omnes judiciorum moderatores et assessores, an unquam audiverint vel observaverint exemplum puniti mendacii vel perjurii a reo, contra conscientiam actoris intentionem negante, commissi: potius fatebuntur omnes, mendaciorum poenas ab ipsis gentilibus Jctis, qui solo rationis lumine ducti hoc crimen aversabantur, in pandectis statutas, moribus abrogatas esse. Nec enim lis amplius inficiando crescit; nec qui fidejussisse se negat, beneficiis fidejussori competentibus privatur; imo quod novissime Justinianus introduxerat, debitorem manum suam negantem in duplum condemnandum, et exceptionibus, quas contra chirographum habebat, privandum esse, in foris Germaniae insolens est.*

§. 41. Quae si jam omnia mecum animo reputo, nunc rationem video, quare hodie acta in tot ampla volumina excrescere soleant, a quorum perlectione merito abhorret quadamtenus judex. Certe enim nihil magis taedium operatur bono judici, quam inter tot ambiguitates perscrutari veritatem et quasi Augiae stabulum purgare, cui rei vix Hercules sufficiet. Inde novum oritur impedimentum, quod acta, ubi relationi alicui ex a vessoribus commissa sunt, satis longum intervallum requirant, ut perlustrari ea cura possint, qualis quidem desideratur. Difficulter enim illam aggredimur rem, quae tot ambagibus et impedimentis est involuta, et si denique ad perlustratione judex accesserit, ea pe non omnes accurate observare potest circumstantias propter tot quisquilias actis insertas, saepe etiam taedio affectus sibi conceptum de casu et circumstantiis fingit, justitiae plane adversantem, et hinc fomes iniquarum sententiarum est, ubi rursus aliis remediis opus ad talem iniquitatem corrigendam, quo ipso adhuc in majorem molem excrescunt acta.

§. 42. Sed unde tanta mali et mendaciorum seges? Rem ingratam narro, ed experientia teste veram advocatis et rabulis malitiosis plerumque culpam esse imputandam. Isti enim, qui norunt:

Lites pendere diu vindemia quaedam est,

hinc nullum securius medium ad lites protelandas et ad posteros extendendas volunt, quam inculcare clientibus suis vulgatum illud, *si feciisti nega.* Jam enim Baldus suo tempore dixit: *advocatos semper negare piper nigrum et aliquando dicere esse album*: referente Paride de Puteo *de syndicatu tit. de excess. advocat.* Eo gravius autem peccant hic advocati, si in criminalibus inquisitos ad negandum instigent, cum tamen reipubl. intersit, purgare provinciam a facinorosis hominibus. Nota sunt exempla eorum, qui callide perscrutati sunt, utrum tortura an tantum territio decreta, et si posterius subolfecerint, fortius ad negandum inquisitos adhortati sunt, quod abominandum. Certe si advocati sinceritate vera deducerentur, et non unice propter panem lucrandum, sed etiam propter conscientiam ambigua causarum fata in se susciperent, non tot mendacia in judiciis committerentur, nec tot perjuriis locus foret. Unde rabularum cautelae pessimae hanc in rem plures sunt, quas detexit maximam partem b. dn. Caspar Zieglerus *de rabulis.* Nonnulli docent, litigantem, ut subtrahat adversario instrumenta, ut cum teste contra se producendo simulet rixas, quo postea ut suspectus recusari possit, quae cautela est Caepollae, ut constantissime

negei, donec convictus fuit, ut ubique excipiat, etiam in re liquidissima. conf. Ventura de Valent. *in Parthen. litig.* 1. *c.* 9. Unde communis querela est, ambages litium esse advocatis adscribendas, quia id pro scopo habere solent (1) ut lites ex lite serant, (2) ut litem ad seculum extendant, quae paucis diebus finiri potuisset, si absque advocatis causa decisioni judicis foret commissa. Hinc Roder. Zamor. Hispanus in *speculo vitae humanae lib.* 1. *c.* 18. ait, se vidisse populatissimas in Germania civitates, ubi paucissimae lites fuerunt, quia defuerunt advocati, et ideo Ferdinandum in Indiam non misisse advocatos refert Bodin. *de republ. lib.* 5. *cap.* 1. ne litium semina mitterentur. Ne vero videar advocatis injuriam fecisse, et indistincte ad omnes hoc applicuisse, distinctius causam proponam. Puto videlicet, intuendo universam praxin, advocatorum tres potissimum esse classes: ad primam refero, rabulas dolosos et pessimos, unice eo intentos, ut veritatem supprimant, et lites multiplicent perpetu atque sui lucri causa: ad alteram rejicio alios, qui quidem non ita pessimi sunt, officii tamen sui esse existimant, procurare clienti suo victoriam, adeoque magis de hac quam de veritate et justitia causae solliciti sunt; hinc licet non instigent clientes suos ad negandum, tamen eos non adhortantur ad ingenuam confessionem, nec curant, ne aliquid contra veritatem proponatur. In tertia colloco eos, qui unice veritati indulgent, et pro justitia obtinenda litigantibus assistunt, nulla utentes fraude. Sed hi admodum pauci sunt, quia boni; illi frequentiores; isti vero frequentissimi. Potuissem haec omnia uberius et fusius declarare, nisi hic mihi otium faceret Jctus judiciosissimus Caspar Zieglerus *in tr. de rabulist.* ubi *c.* 10. ostendit, plenissime rabulas controversiis et litibus faces admovere eosque immortales facere, *cap.* 2. *seq.* vero proximius scopum meum attingit, docens, rabulas instruere clientes suos, ut facte praefracte negent, nihilque hodie frequentius esse, quam ut mentiendo contemnatur magistratus atque judex et quidem ex instinctu rabularum *vid.* §. 11. *cit. cap.* Porro *in c.* 12. evincit, rabulas cavillationibus atque fraudibus operam dare, imo haud vereri falsum committere, quod *c.* 13. enucleat, quae omnia inde evenire videntur, quod unice studio pecuniae capti sint, quod *c.* 16. plenius deducit. Illud unicum tantum adjicio, quod Gratianus ex Chrysostomo in *c. nolite* 86. *c.* 11. *qu.* 3. adfert, et omnibus omnino advocatis commendari meretur, inquiens: *Nec solum ille proditor veritatis est, qui transgrediens veritatem palam pro veritate mendacium loquitur, sed etiam ille, qui non libere veritatem pronunciat, quam libere pronunciare oportet, aut non libere veritatem defendit, quam libere defendere convenit, proditor est veritatis.*

§. 43. Atque ex his jam apparet, quam iniquae protelationes oriantur ex litigantium mendaciis et rabularum astutia et perversitate. Sed utinam judices quoque hic non essent accusandi et in classem eorum reponendi, qui litium immortalitati eo ipso indulgent, dum mendaciis non resistunt, et falsarios ejusmodi non coercent. Certe si judices hic facerent, quae sui sunt officii, non tot ambigua causarum fata amplius fora nostra agnoscerent. Ubi enim delinquendi impunitas est, ibi delicta crescunt, et altiores radices agunt. Jam itaque cum hodie advocati et litigantes sciant, se sub clypeo mendaciorum esse satis securos et judices in ea esse opinione, ac si jus romanum in materia mendaciorum nondum sit receptum, quid aliud inde evenire potest, quam immortalitas litium? Et haec sententia adeo conspurcavit nostra judicia, ut contra receptas sententias et observantiam fori se agere existiment judices, si faciant ea, quae sui sunt officii, et insuper jure communi praescripta, h. e. si puniant mendacia, et si litium immortalitati resistant.

§. 44. Ut itaque eo evidentius constet, quantum litibus amputandis conducat, si puniantur mendacia, ostendam jam brevibus, judicem adhuc hodie officii ratione esse obligatum in conscientia ad punienda mendacia. Equidem hic non adeo contradico illis, qui asserunt, poenas mendaciorum in jure romano propositas non esse in praxin deductas, sed de eo quaeritur, an recte? Potuerunt utique, ut etiam perspicuum est, plures materiae juris romani in observantiam non deduci, vel quod fori nostri plane diversa sit ratio, ac quidem fori romani, vel quod arbitraria materia, de qua jus civile saepe disponit, id permittat, vel quod consuetudines Germaniae in contrarium adsint; sed id ad hanc materiam applicari nequit, quae non arbitraria sed necessaria est, et ex ipso jure naturae et divino praeceptum suum derivat. Duplex itaque in hac materia fundamentum ponendum esse duco, ex qua haec obligatio judicum etiam hodie deduci potest. Primum est, omnibus judicibus ex jure naturae, divino, humanoque incumbere, ut justitiae cursum omni meliori modo promoveat, et litium immortalitati obicem ponat. Secuta est hac in re jurisprudentia romana praecepta juris naturae, ubique haec judicibus inculcans. Ipse Justinianus *in l. properandum* 13. *pr. c. de judic* ait: *properandum esse, ne lites pene fiant immortales et vitae hominum modum excedant.* Eumdem in modum perspicue satis instruit officium judicis Jctus *in l. quidam* 21. *ff. de reb. cred.* inquiens: *ad officium judicis pertinet lites diminuere.* Ratio petenda ex *l.* 1. *ff. de usuc.* quod publice intersit, ne litibus repleatur respublica. Jam autem sicuti singuli cives obligati sunt in conscientia ad promovendam salutem reipublicae, quanto magis haec obligatio judicibus inferioribus incumbit, quibus simul portio quaedam curae publicae a principe est concredita. Conf. *l.* 1. §. 10. *ff. de nov. oper. nunc. pr. j. de poen. tem. litig.* Et huc tendit etiam novissima constitutio *r. i. de anno* 1654. quae inprimis eo intenta fuit, ut judices omni modo pro abbreviandis processibus essent solliciti. Nam expresse *in §. Diesem nechst* 34 injungitur judicibus, *die Mittel und Wege, wodurch zanckstüchtige Partheyen, Advocaten, und Procuratoren die Sachen in ungerechte Weitlaeufftigkeit verführen können, abzuschneiden*, quo etiam tendit *ordin. process. sax. tit.* 1. §. 2. quod ulterius satis diffuse explicat Martini *in comment. ad process. sax. cit. l.*

§. 45. Alterum fundamentum esto; judices obligatos esse ad illa removenda a judiciis, quae disquisitioni veritatis evidentissime obsunt, et jus naturae removenda esse praecipit. Nemo ut puto, tam alienus a veritate et sinceritate erit, qui hoc in dubium vocare ausit, cum praecepta juris naturae sint immutabilia, et inquisitio veritatis judicibus pro scopo judiciorum

esse debeat, quia sine hac non possunt justitiam administrare, ad quam administrandam tamen a principe sunt constituti. Sicuti itaque alia delicta punire ex officio debent, quae saluti reipublicae adversantur, ita eo magis perjuria et mendacia judicialia, quae aeque saluti reipublicae obsunt, quam alia crimina, ac proinde recte per ll. romanas poenis subdita sunt. Bene concleat turpitudinem mendaciorum dn. Casp. Ziegl. *in rubulist. c.* 11. §. 2. inquiens: *nihil invisius Deo, quam mendacium, cum sit ipsa veritas. Proinde lingua, quae mentitur Satana, veneno infecta est, et hinc pernicies, quemadmodum a veritate salus. Sic et veritas lux est, mendacium autem tenebrae. Horret igitur lucem, quisquis alienus est a veritate et magis amat tenebras, ipsumque tenebrarum dominum, cui se mendacio mancipat. Et hac sua mentiendi arte perniciem asserunt et corporum et animarum, rediguntque clientes suos in potestatem Satanae, quos aeterna veritas a mendacio Satanae liberavit. Nam ille non stetit in veritate, sed mendax ab initio fuit et mendacii pater. conf. id. cit.* §. 3.

§. 46. Ex hoc duplici fundamento jam concludo: quicquid est necessarium remedium ad lites abbreviandas et cursum justitiae promovendum, salutemque reipublicae stabiliendam, illud non potest non ad officium judicis pertinere. Atqui coercitio mendaciorum etc. E. major in antecedentibus jam probata est. Minor ex impedimentis illis e mentiendi impunitate ortis et supra aliquot §§. recensitis perspicua est, et ex sequentibus adhuc declarabitur. Ergo conclusio verissima est, officio judicis incumbere, ut puniat mendacia et revocet leges mendaciorum vindices in praxin, adeoque peccare contra conscientiam et juramentum ratione officii praestitum, si hoc negligat. Neque est quod objicias, exinde tantum sequi, judicem obligatum esse ad mendacia punienda, non vero, ut praecise poenas juris romani in praxin revocet: nam regero (1) satis bonam esse confessionem illam, sed optandum esse, ut judices etiam mendacia punirent, licet non praecise sequerentur determinationem juris romani. Et quid tandem respondebunt judices, qui in casu deficientium statutorum constitutione principis obligati sunt, ut secundum jus romanum sententias ferant, quis hos excusabit, si ll. civiles in vindicandis mendaciis negligant. Exemplum est in hoc ducatu magdeburgico, ubi gloriosissimae memoriae elector, Fridericus Wilhelmus, in confirmatione ordinat. politicae die 3. januarii anno 1688. sequenti modo edixit, quod, si in ordinatione politica aliter non dispositum, observari debeant *die gemeine beschriebene Kayserliche Rechte, so weit wir denenselben aus Churfürstlicher und Landes Fürstlicher Hoheit und Macht nicht derogiret haben, sowohl bey der Regierung als im Schöppenstuhl und allen andern Gerichten angeregten Hertzogthums und der Grafschafft Mannsfeld Magdeburg. Hoheit* in procedendo, sententionando et judicando *beobachtet werden sollen.* Idem in Marchia brandenburgica statutum, quod secundum jus caesareum pronunciari debeat, juxta *recessus provinciales, de anno* 1534. 1538. *et* 1572. Pariter in ducatu brunsvicensi, ubi itidem, repudiato jure saxonico, jus civile introductum, et ut secundum hoc pronuncietur publica lege cautum. vid. dn. Praeses in *usu modern. ff. in subprooem.* §. 29. *et* 30. His ergo locis vix excusatio supererit, quare poenae mendaciorum jure civili praescriptae negligantur. Cum vero (2) legislatio romana egregie hac in parte determinaverit poenas mendacii, quis dubitet, judicem obligatum esse ad sequendam hanc egregiam legislationem et determinationem, praesertim cum juris romani receptio hac in parte tantum *de facto* sit neglecta a judicibus, et sine dubio optimorum principum intentio hac in re fuerit, ut, quamdiu non determinaverint, quomodo puniendi sint mendacia, juris communis dispositionem sequantur. Neque enim dependere debent poenae determinatae a judicis arbitrio, sed hac in parte princeps praesumitur approbasse poenas in jure communi, quod in subsidium valere voluit, determinatas.

§. 47. Quapropter infero cum dno. Praeside *in praef. ad pac. tr. de probat. reducendae sunt ad observantiam fori mendaciorum poenae, et si quis contra praestitum jusjurandum calumniae frivole quid negaverit, de quo ex progressu litis facili negotio constare potest, severissime in ipsum, utpote perjurii reum, animadvertendum, adjecta etiam fumae macula. Ita veritas non amplius frivole reticebitur, judiciis sua restituetur auctoritas, nec praesentia divini Numinis, exactissimi cordium nostrorum scrutatoris, per mendacia in judicio inverecunde eructata despicatui habebitur, jus suum cuique sine probationum ambagibus tribuetur.* Neque enim credendum est, sufficere nostris temporibus, si homines in judicio admoneantur suae conscientiae, ne videlicet perjuria committant, aut alias mentiantur: nam tales admonitiones hodie revera absque omni fructu sunt: pauciores a delinquendo desistunt virtutis aut conscientiae amore, plerique formidine poenae. Hae itaque sunt exasperandae contra mendaces et perjuros, quo illa impedimenta, de quibus hactenus plenius dictum est, e medio tollantur et justitiae cursus illibatus restituatur judiciis.

§. 48. Quodsi vero sola illa impedimenta et incommoda, quae ex impunita mentiendi licentia deducta sunt, judices movere non possunt ad rationem officii hac in re habendam, attendant quaeso praeterea utilitates tot tantasque, quae in totam rempublicam per poenas mendaciorum redundare possunt. Lites civium sine dubio, quo magis crescunt, eo magis tollitur communis inter eos unio: quo magis decrescunt, eo magis firmatur. Jam itaque si acriter animadverteretur in mendaces et perjuros, sine dubio plures, si non omnes, deterrerentur a temeraria negatione et ita veritas non ita impediretur probationibus tam ambiguis, non gravarentur actores, neque partes tam saepe conqueri necesse haberent, sibi non jus sed probationem deficere *l.* 30. *ff. de testam. tut.* Imo non inepte judicat Ventura de Valentiis *in Parthen. litig. lib.* 2. *c.* 8. *n.* 1. plures abfuturas lites, si veritas ubique adesset. Nam si rei scirent, e injustam fovere causam, et absque evidenti periculo amittendi rem vel aliam poenam praestandi se non posse negare, plures sine dubio statim proprio marte solverent, neque rem committerent tanto periculo. Quid enim, quaeso, utilius potest esse, quam si in observantiam deduceretur *auth. contra qui c. de non numer. pecun.* cum morosi debitores hodie non deterreantur a negatione mauus suae, quia sciunt, negationem hanc sibi fraudi non esse, imo sub hac negatione majorem captant praedam, scilicet liberationem totalem ab ipso debito.

Ast ubi praevidere possent, se duplum solvere debere, si de mendacio postea essent convicti, quot litibus carere possent hodie rus judicia.

§. 49. Inprimis autem necessarium foret, magno studio inquirere in eos, qui juramentum calumniae negligentes, adversarium vel negationibus vel probationibus haud necessariis vel aliis ambiguitatibus vexant. Hunc enim in finem hoc juramentum est introductum, ut haec tria a judiciis abessent, quippe quae alias valde immortalitatem litium promovent: et si severe punirentur temeratores hujus juramenti, tunc non necesse foret, cum saxonibus cogitare de illo plane abrogando. Sed si effectum habere debet, non sufficit haec poena, sed inprimis requiritur, ut eo tempore praestetur, quo adhuc nihil negatum est, i. e. ante litis contestationem, quod quidem in nostris foris satis bene provisum, quia videlicet in litis contestatione inprimis mendacia, ex quibus tot oriuntur incommoda, solent a litigantibus committi. Nam si post l. c. praestetur hoc juramentum, temerarii se satis tutos in conscientia esse putant, si post negationem demum jurent. Unde non satis possum penetrare, unde factum sit in camera, ut praecise ibi juramentum calumniae praestari debeat post l. c. adeo, ut si contra fiat, sententia lata non subsistat, et non aliter vitium nullitatis tollatur, quam si post l. c. repetatur. Ummius *in process. disp.* 12. *n.* 5. Jac. Blum. *in proc. camer. tit.* 72. *n.* 22. Equidem Gail. *in obs.* 85. *n.* 1. hanc hujus rei putat esse rationem, quod juramentum hoc ad totam causam pertineat, causa vero demum post l. c. proprie in judicium deducta esse censeatur. Verum nihil solidi in hac ratione esse, quilibet mecum fatebitur. Primo enim ratio haec sapit indolem antiqui processus romani, ubi judicium dicebatur initium capere a litis contestatione: sed fori nostri diversa est ratio, unde non inepti sunt, qui asserunt, citationem hodie esse initium processus vid. Rittershus. *lib.* 5. *differ. jur. civil. et can. c.* 13. Deinde omisit adaequatam rationem hujus juramenti adferre, quae non haec tantum est, ut super tota causa praestetur, sed inprimis, ut partes litigantes aperte et sincere veritatem dicant, et impetu perjurii deterreantur a negatione in litis contestatione. *l.* 2. §. *sed quia c. de jurejur. propt. calumn.* ut propterea extiterint dd., qui illud ne quidem tolli statuto posse crediderint, vid. Menoch. *de a. j. q. qu.* 20. *n.* 4. Seraphin. de Seraphin. *de privileg. juram. priv.* 137. *n.* 3. Ludovicus Postius *de manutenent. obs.* 81. *n.* 37. id quod tamen magis ad regulas prudentiae quam justitiae pertinere videtur. Certe meo judicio perinde est, si vel plane non praestetur, vel si praestetur, secundum praxin cameralem post l. c.

§. 50. Plurimum vero ulterius conferret ad abbreviendos pocessus, si generaliter lege publica introduceretur poena dupli, seu omnem litem inficiando crescere debere. Hactenus enim, ut supra vidimus, poena dupli tantum in aliquibus casibus jure romano est prodita. Sed cum eadem utilitatis ratio in caeteris quoque actionibus militet, quanta commoda esse in judiciis expectanda, si negantes temerarii periculum poenae dupli semper subire tenentur.

§. 51. Inprimis vero debitores morosi, debitum frivole negantes, constringendi essent, ut duplum ubique praestarent. Licet enim poena dupli *in auth. contra qui c. de non num. pec.* jam sit statuta in eos, qui impie mutuum propriam negant, attamen possunt alii casus contingere, ubi mutuo a debitoribus ne quidem negatur. Quid enim si recognoscant mutuum, per mendacium vero solutionem urgeant, vel recognoscant quidem subscriptionem, sed contenta negent, quod fieri posse docet Carpzov. *de proc. h. t.* 14. *art.* 2. *n.* 61. Quid si chirographum sit admissum, aut alias vitium in se habeat, ut adeoque reus sub hac exceptione non possit cogi ad recognitionem? Idem jam applicari posset ad omnes caeteros contractus, cum alias in solo deposito miserabili lis inficiando cresceat, sed si generaliter poena dupli in negantes, constitueretur, multae lites cessarent. In causis testamentariis eodem modo procedi posset, uti quidem in legatis ad pias causas. Et ut demum brevibus totam rem complectar, omnes causae, ubi alias poenae mendaciorum exulant, et tamen commode sub classem poenarum dupli referri possent, hae essent trahendae, et ita eveniret, ut quo major severitas circa mendacia in judiciis commissa vindicanda adhiberetur ab hominibus, eo gratior Deo res futura esse.

§. 52. Ulterius non attendendum quoque esset in foro, an quis in negando perstitisset, donec per probationes convictus fuerit, an vero post longum intervallum poenitentia ductus confiteretur, sed mox ubi de mendacio constat, etiam ex spontanea confessione poena dupli ipsi imponenda. Alias enim liceret mentiendi verbis legum retentis impune adhuc mentiri, et actorem circumducere tamdiu, donec fere completa esset probatio, et tandem se liberare a poena mendacii. Sed ita finis per poenas mendaciorum intentus non obtinetur, nec abbreviantur processus, sed manet eadem litium immortalitas. Interim cum alias constat, delicta per poenitentiam non tolli, quid justius et aequius foret, quam indistincte poenam mendacii applicare. Sufficit enim semel mentitum reum vel actorem esse, et ita prolixitati ansam dedisse. Sufficit semel perjurium esse commissum, quod utique puniendum, licet poenitentia ductus postea confitetur intentionem alterius. Et revera non aliter obtineri potest finis juramenti calumniae, qui quoque eo tendit, ne probationibus nimis defatigetur adversarius, nisi generaliter poena mendacii ita introducta fuerit. Simili ratione rejicienda in foro dd. opinio, quod si quis per juramentum delatum convictus de veritate, non teneatur poena mendacii. Cur enim non mox confessus est veritatem, ad quam confitendam juramento demum adactus est, et jam ante juramento calumniae, imo et absque eo obligatus est. Nam licet vel maxime ita adversarium non gravaverit prolixis probationibus, in eo tamen peccavit, quod bonam fidem agnoscere recusaverit, et inutili liti ansam dederit, imo in judicis et sic in conspectu Dei mendacium committere haud erubuerit.

§. 53. Caeterum cum de poena amissionis exceptionis extendenda ad omnes similes casus supra jam fusius actum, et simul ostensum sit, hanc extensionem quoque ex jure romano commode fieri posse, ulterius huic rei insistere nolo, cum facile quilibet mecum judicabit hanc poenam quoque satis aptam esse ad processus abbreviandos. Tantum itaque de advocatorum mendaciis puniendis adhuc quaedam addenda sunt. Supra jam dictum est, plerorumque cautelam pessimam

in eo consistere, ut clientes suos ad negandum temere incitent. Quia itaque potissima causa immortalitatis processum ex hac temeritate ducenda, inprimis quoque in illos essent severiores constituendae poenae. Praesertim vero talem poenam mererentur, qui extenuando poenam perjurii clientibus suis esse solent auctores, ut juramenta injuncta animose praestent, quod bene deducit dn. Ziegl. *in Rabulist. c.* 24. Gravius enim peccant hi, quam homicidae, ut Augustinus loquitur in *c.* 5. *c.* 22. *qu.* 5. inquiens: *ille, qui hominem provocat ad jurationem, et scit eum falsum juraturum, vincit homicidam; quia homicida corpus occisurus est, ille animam, imo duas animas et ejus quem jurare provocavit et suam.* conf. *c.* 6. *c.* 22. *qu.* 5. Cum itaque homicidae publicis et capitalibus poenis afficiantur, quomodo impuniti esse debent hi pessimi rabulae, qui non tantum nocent suis clientibus quoad salutem animae, sed et auctores sunt, ut alteri jus suum interveniatur et ita revera furtum quoddam fiat, et denique saluti reip. quae in integritate judiciorum quoque consistit, ingens damnum inferatur. Nota satis sunt haec omnia, sed judicum timiditas hic merito accusanda, qui suum officium hic facere recusant, et inquirere detrectant in hoc pessimum genus hominum.

§. 54. Cum vero ut hactenus dictum, hodie proh dolor judices haud puniant mendacia, et forsan timendum sit, ipsos impositorum quoque eamdem negligentiam admisseros, licet vel maxime lege generali mendaciorum poenae reciperentur et approbarentur, quoniam malorum judicum, ob commodum, quod ex sportulis sperant, interest, lites non abbreviari, hinc valde commendandum videtur consilium Venturae de Valentiis *in Parthen. litig. lib.* 2. *c.* 8. *n.* 39. inquientis: *Ultimum litium abbreviandarum remedium, quae ex falsitate, mendacio, simulatione nascuntur, est, ut generalis inquisitor constitueretur non solum contra mendacia et falsitates, quae in judiciis committuntur, ut post finita litigia in processibus quaerantur, inquirantur et secundum leges puniantur; sed etiam in contractibus, cum praebeant occasionem litibus etc.* Hoc certe consilium si in praxin et observantiam deduceretur, plenissime integritati judiciorum consultum esset. Cum enim judices fere officio suo satisfacere detrectent, vel interdum multitudine negotiorum pressi, hoc facere nequeant, merito constituendi sunt, qui illos quasi observent, et sua auctoritate suppleant, in quo hactenus peccatum est.

§. 55. Puto itaque me hactenus satis demonstrasse optimum litium abbreviandarum remedium esse, si mendacia in judiciis puniantur. Neque itaque desperandum est de felici eventu, si modo manus operi admoveatur, et periculum fiat. Abhorrent plures a reformationibus, sed quemadmodum nihil novi hic congessimus, sed vetera jura per injuriam neglecta tantum praxi vindicavimus, et mala inde in totam remp. redundantia ostendimus, ita nihil reliquum est, quam ut judices tantum faciant illa, quae sint sui officii, et optima l. l. Romanorum scita indefesso studio, virtute juramenti, quod praestant, sequantur. Caetera expectenda sunt ab optimorum principum cura pro salute reipublicae, qui nec in hac re deerunt. Deus vero, ipsa veritas et vita, et qui judices in hac terra constituit, ut sint Dii, secundet nostra vota, et dirigat omnium judicum consilia, ut unice tendant ad ejus gloriam, quo ipso fiet, ut mendacia impositorum non amplius sint impunita.

FINIS.

DISPUTATIO QUARTA

DE MORTE LOCO JURISJURANDI,

D. JUN. MDCCIII.

PRO LICENTIA

M. JOH. FRIEDEMANN SCHNEIDER,
CRANICHFELDENS. THURING.

B. C. D.

PRAEFATIO.

Laudabile illorum est institutum, qui mortis meditationi indies vacant. Sic enim saeculi fugiunt delicias, et honorum pompas plane contemnunt. Nihil etiam facile adparet, quo melius ad virtutem mortales perduci possint, quam cura mortis futurae. Virorum quidem theologorum id munus proprium esse, alii credunt. Sed crasso errore ducuntur, et vana persuasione seducuntur. Etenim a mortis momento salus hominum aeterna pendet, aeque ac supplicium, quod nunquam desinet. Quare bene moriendi studium non pertinet ad solos

rerum sacrarum cultores, sed ad omnes, quibus cordi esse debet perpetua vitae felicitas. Qua mente imbutus ego de mortis vi ac potestate in humanis negotiis, tametsi forum respicientibus, maxime sollicitus ero. Inprimis cum non ignorem, admonitionis ejus vestigia quaedam in legibus romanis extare. Sic haud olet sutrinam, sed Philosophiam saniorem, cum Alfenus Varus *in l. proponebatur. 76. in fin. ff. de judic.* ostendit, *quotidie partes corporis nostri decedere.* Plane ad Senecae mentem *in epist. 24.* scribentis: *quotidie morimur, quotidie enim demitur aliqua pars vitae.* Et Julius Paulus Jctus periculum mortis secum expendens *in l. senatus censuit. 35. §. 4. ff. de mortis caus. donat.* velut dehortatur, ne quis vitae securus sit, quando ait: *terra marique, tam in pace, quam in bello, et tam domi, quam militiae multis generibus mortis periculum metui potest.* Quibus etiam ipse imperator Justinianus *in nov. VII. cap. 4.* suffragatur: *quotidie*, dicens, *secundum naturae mutabilem ordinem decedimus.* Sileo, quae *in Euthanasia ex philosphia et jurisprudentia* haurienda Jo. Gryphiander, haud ignobilis jurisconsultus, sedulo congessit. Quoquo autem modo haec cuncta sese habeant, non tamen ex asse feriunt, quem labori meo scopum praefixi. Nimirum animus est, non de eventu, sed de effectu mortis, quem modo dixi, imposterum disseruisse. Non me praeterit, de hac materia Polydorum Ripam et Sebastianum Medicem, eximios legum interpretes, aliquid commentatos esse: atque illum *de actis in mortis articulo*; hunc vero *de ipsa morte*, occasione novellae 22. *cap. 20., omnia solvente:* luculentos omniumque fere manibus tritos libros edidisse. Verum quod sine labe dictum sit, argumentum meum levi saltim ac suspenso brachio tractaverunt, ut inter multa emendanda, de quibus dn. Praeses consulatur *in disput. de effatis Agonizantium*, vel isto nomine aliqua etiam condonanda sint. Unde ad *jurisconsultorum decisiones* et *consilia* mihi aditum aperui, non attenta Hug. Grotii de his sententia in *proleg. de j. b. et p. §. 38. quod illorum non pauca ad gratiam consulentium, non ad aequi bonique naturam sint composita.* Mihi enim sufficit, in casibus investigandis et controversiis definiendis tantos duces habuisse, de caeteris lectoribus judicium relinquo. Interea de his etiam fateri cogor praesens negotium, quod meditor, eos strictim attigisse, atque ita strictim, ut nobilium et frequentium controversiarum, quae huc spectant, locos tantum delinearent. Quare non virium mearum fiducia fretus, sed instructus consilio dn. Praesidis, cui pro solida informatione perpetuum obsequium debeo, et omne pietatis officium, hujus dissertationis telam adgredior. Nè vero in limine ipso confusio me perturbaret, ordinem hunc elegi, scilicet cap. I. fundamentum a me expenditur cujus intuitu jurijurando mors aequiparatur. Cap. II. Casus enarrantur, in quibus comparatio haec valet. Cap. III. casus adferuntur, in quibus non procedit. Ut igitur singula feliciter absolvere possim, Deum, justitiae auctorem imploro, qui Spiritu suo ita regat cogitationes meas, ne quidquam suggerant, nisi quod sanctissimae ejus voluntati conforme sit.

CAPUT I.

De fundamento, cujus intuitu mors loco jurisjurandi.

SUMMARIA.

Jurisjurandi introductio a statu corrupto repetenda est.

Ergo jurisjurandi frequentia signum est aegrae reipublicae.

Ejus abrogatio difficilis, sed non plane impossibilis est.

Dubitandi ratio, quae a jurejurando Dei ipsius petita est, solvitur.

S. Hieronymi testimonio illustratur. §. 1.

De jurandi proclivit. Christianis indigna fit transitus.

Fundamentum, quo mors loco jurisjur. esse statuitur.

Praesumptio est pro moriente, eum memorem aeternae salutis esse.

Demonstratur

1) *ex natura praesumptionum,*

2) *argumento ll.*

3) *testimonio doctorum. §. 2.*

Dubium de praesumptione oblivionis in moriente solvitur.

Distinctio inter res terrenas et coelestes ll. obstantibus adplicatur. §. 3.

Seraphin de Seraphinis occasione hujus praesumptae oblivionis notatur: quod

Psalm. VI. 6. abutitur,

Statum morientium et mortuorum confundit, §. 4.

Limitatio sententiae, qua mors loco jurisjurandi habetur.

1. *a conditione personae, pia sit, bonae famae et conscientiae.*

Comparatio cum teste,

Illustratio ex jure canonico et ex Muscardi ac Menochii testimonio, §. 5.

2. *ex praeparatione ad mortem.*

Quam commendat

a) incertitudo temporis, generis et loci mortis,

b) Oratio sanctorum Davidis, Moysis.

c) Admonitio Gentilium, uti Senecae.

d) Salutaris ejus effectus.

Auctores de hac praeparatione agentes laudantur.

Jeti eam pariter inculcant.
Exemplum de eo, qui ante furorem capitale commisit delictum, cujus executio propter deficientem mortis praeparationem suspenditur, §. 6.
Communis opinionis defensores de valore mortis loco jurisjur.
Baldi dissensus per regul. declaratur.
Taboris et Lauterbachii causae dissentiendi adducuntur, §. 9.
Baldi regula non omnis moriens est S. Johannes Bapt. examinatur.
Judicium caritatis pro morientibus commendatur.
Quid temerarium judicium?
Titius esse falli per bonam opinionem de malo viro statuitur, §. 10.
Taboris et Lauterbachii conciliatio cum communi opinione.
Agonizans non amplius praesumendus est inimicus.
Laudatur dictum Salvatoris Matth. VI.
Et praesumptio modo dicta a vita anteacta et praeparatione ad mortem suspenditur.
L. 83. §. 5. *ff. de v. o. huc adplicatur.*
Conclusio hujus capitis.

§. 1. Magnus inter mortales est jurisjurandi usus, sed cui occasionem lubricus sermo ac fallendi studium praebuit. Unde a statu corrupto si ejus repetam introductionem, a veritatis via non discedam. Jusjurandum enim in subsidium cessit, cum aliud remedium vix suppeteret, quod summam perfidiam et fallacias hominum melius excludere posset. Sane Deum invocant testem jurantes, qui sanctissimi nominis sui abusum non impunem permittit: licet interdum sera, atroci tamen poena eumdem semper vindicat. Ac proinde nemo credendus est, eos malitiae progressus fecisse, qui gravissimam Dei indignationem pejerando in se concitare vellet. Vid. excell. dn. Thomasius *in jurispr. div. l.* 2. *cap.* 9. §. 1. Puffendorffius *de j. n. et g. lib. IV. c.* 2. §. 2. Borgesius *in enodat. j. n. c.* 4. *de jurejur.* §. 16. Ex quibus adparet jusjurandum non arguere modo, sed quam maxime praesupponere hominum inter se diffidentiam, ignorantiam, impotentiam, aliasque naturae corruptae sordes. Quid enim opus esset jurejurando, si alterius fidei et constantiae satis fideremus? aut si nulla perfidiae exempla extarent, aut si nobis ad virium esset, alterum ad debitum explendum adigendi? quid denique ex juratis testibus rem cognoscere studeret judex, nisi eam ignoraret? Consentit pontifex Innocentius III. *in cap.* 26. *X. de jurejur.* qui usum jurisjurandi invaluisse perhibet, cum, hominum crescente malitia, simplici adsertioni vel negationi non amplius crederetur. Idcirco non sanae, sed aegrae reipublicae christianae signum est, jurisjurandi frequentia. Si enim bonae fidei essent omnes christiani, his vinculis neque in judicio, neque extra illud unquam indigerent. Verum quae morum est pravitas, christiani nomen profitentur multi, qui tamen utut Christi praecepto aeque ac exemplo moneantur *Matth. V.* 37. plane non christiane vivunt. Hinc etiam ea, quae velut remedia extremae necessitatis adhibita sunt, non abrogari possunt, sed, gliscente indies malorum turba, ad hanc coercendam retineri debent. Ad rem vero non pertinet, cum jurisjurandi abrogationem urgenti, nonnulli, judicio suo praecipites, objiciunt, Deum ipsum in nomine suo jurasse, uti sacrae literae testentur. Nam factum hoc est per quamdam συγκαθάβασιν, declarandae sinceritatis gratia καὶ πρὸς τὸ ἐπιδεῖξαι θοῖς κληρονόμοις θῆς ἐπαγγελίας τὸ ἀμετάθετον τῆς βουλῆς αὐτου, et ut immutabilem suam fore voluntatem demonstret *Ebr. VI.* 17. Quamvis igitur Dei verbum in se non eget jurejurando; nihilominus propter nos homines et illud additum esse existimo, ut infirmorum animi magis corroborentur et confirmentur. Adprime autem huc spectat istud S. Hieronymi dictum *cum Deus jurat in verbo suo, humano loquitur adfectu, ut nos nihil timeamus.*

§. 2. Non autem mihi in praesenti decretum est, ea persequi omnia, quae, ut reprimerent hanc jurandi proclivitatem, a viris jurium doctrinarumque omnium et literarum consultissimis prolata sunt. Cum enim brevitas prima disputationis virtus sit, pictorum mores imitabor, qui summa capita ostendunt, ubi ingens hominum multitudo exprimenda est, reliquas vero corporum partes abscondere solent. Similiter ego, quae inveniri poterant de studio veritatis, quam maxime commendato Christianis, ut ipsis etiam injuratis credatur, non amplius movebo. Reversus itaque ad mortem, quam illi, penes quos fori regnum est, Jeti, loco jurisjurandi habendam esse tradunt, in cujus sententiae fundamentum paulo altius inquiram. Est autem hoc e praesumptione pro moribundo nunc repetendum, ac animi mei sollicitudine excutiendum. Sicut enim alias praesumptionis ea est natura, in meliorem potius, quam pejorem partem propendere, Menochius *de praesumption. l.* 1. *quaest.* 13. *n.* 5. Mascardus *de probat. conclus.* 834. *n.* 3. Hanius ad Wesenb. *tit. de praesum. p.* 113. Schefferus 2. *praet. qu.* 5. *n.* 11. *seq.* Corasius *de arte jurispr.* 3. *c.* 7. ita pro moriente post factam semel jurisjurandi acceptationem omnino praesumendum est, eumdem cognita vindictae divinae atrocitate, non immemorem salutis aeternae obiisse, ut huic ullum saeculi commodum anteponeret. Atque hanc praesumptionem confirmant imperatores Theodosius et Valentinianus *in l. sancimus.* 6. *c. ad l. jul. repet.* iisdem verbis: *Neminem divini timoris contemnendo jusjurandum arbitramur immemorem: uti saluti proprine ullum commodum anteponat.* Quam legem etiam sacri canones sequi non dedignantur, uti adparebit intuentibus *c. sancimus* 26. *c.* 31. *qu.* 7. Profecto in extremo mortis articulo, vel tremendi numinis divini, tamquam infallibilis judicis, meditatio, quemlibet ad meliorem frugem revocare potest, ne dum misere vixit, moriatur miserius, ac miserrime tandem aeternis ignibus adfligatur. Facit huc, quod ipse Jctus Marcellus *in l.* 192. §. 1. *ff. de r. j.* inculcat: *in re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius esse, quam tutius.* Neque consultum puto, re ipsa satis ostensa, testium obducere nubem, qui omnes docuerunt, in agone mortis laborantem non immemorem salutis aeternae praesumi. Sebastianus Medices *in tr. de morte pr. III. n.* 31. Andreas Alciatus *de praesumpt. reg.* 3. *praes.* 4. *in fin.* Polydorus Ripa *de act. in mortis artic. cap.* 4. *n.* 7. 8. Augustinus Barbosa *lib.* 2. *c.* 51. *ax.* 12. et his sexcentos alios facile adnumerare possem, si opus et otium fuisset.

§. 3. Equidem scio, magni nominis esse jurisconsultos, sibi persuadentes, ex continua mortis cogitatione, et quam maxime in ipso instante mortis affi-

culo praesumi oblivionem, uti Mascardum *conclus.* 1127. *n.* 20. Polydorum Ripam *de act. in mortis artic. c.* 23. *n.* 1. Sebastianum Medicem *de cas. fort. pr.* 2. *qu.* 5. *n.* 47. legi, hoc adseruisse. Et ratione ipsa non videntur destituti esse: quia frequentes mortis cogitationes cerebrum turbant, quod tamen praecipuum memoriae usum et sedem praestat. adeoque eo turbato non potest non oblivio induci. Verum ut illud omittam, quod paulo post illustraturus sum longiori interpretamento, nempe Christianorum esse officium, de morte crebrius cogitare; nihilominus ex hac causa sola memoriae imbecillitas et jactura non statim praesumenda est. Illust. du. Strykius *in tr. de jure sensuum diss. IX. c.* 24. *n.* 3. Fateor, cum morbi corpus adfligunt, et aegritudo animum torquet, quod etiam tunc oblivio oriri soleat: sed hoc a me impetrare non possum, ut in rebus coelestibus et ad salutem pertinentibus idem admittam, praesertim si Christiani sint, quos ea premit calamitas. Aliud enim non invita veritate dicendum est de rebus terrenis, quae impiorum saltim mentes perpetuis curis agitant, a piis vero oblivioni tunc traduntur, quia probe intelligunt, eas dum quaerantur fatigare: cum adquiruntur, infatuare: cum amittuntur, excruciare. Harum oblivisci, est salutis suae meminisse. Imago igitur pugnae, quae saepe incautos fefellit, eodem rerum discrimine averti poterit, si quando ex *l. haec consultissima.* 8. *c. qui test. fac. poss.* objicitur, *quod humana fragilitas mortis praecipue cogitatione perturbata, minus memoriae consequi posset res plures* quippe de illis agit Justinus imperator, quae dispositioni testatoris objectae sunt; sed hic contentio est de memoria ejus haereditatis, quae fidelibus in coelo adservatur. Neque alio sensu capiendum est, quod Justinianus ipse in *novell.* 18. *cap.* 6. dixerat, *tumultu mortis angustiatum, facile eorum, quae acta sunt oblivisci*: cum non de salutis negotio, sed de collatione dotis et donatione propter nuptias verba faciat.

§. 4. Gravem itaque meretur reprehensionem Seraphin de Seraphinis, qui *in tr. de privilegiis juramentorum privil.* 44. *n.* 2. declaraturus in quolibet moribundo praesumi oblivionem, eo audaciae progreditur, ut pessime existimet, ne Dei quidem omnipotentis morientem recordari. Quem in finem verba Davidis adducit *Ps. VI,* 6. *Non est in morte, qui memor sit tui.* Sed quorum divina scripturae s. lux mentem ad meliores evexit cogitationes, quamvis humana concipere potest, maximum hunc abusum protinus animadvertunt, et justa indignatione commoti, merito rejiciunt. Neque enim de morientibus, sed de mortuis, iisque in adflictissimo damnationis statu agentibus regium prophetam locutum esse, pluribus demonstrant viri theologi. Conf. b. dn. Geierus *in comment. ad Psalm. David. p.* 78. 79. Quibuscum etiam jurisconsulti consentiunt, prout Rolandus a Valle *volum.* 3. *consil.* 37. *n.* 8. neminem mortalium in ipso mortis conflictu immemorem salutis aeternae, nedum auctoris ejus esse, recte praesumit. Et Felinus Sandaeus *ad cap. in praesentia* 8. *x. de probat. n.* 36. commentatur: *solam mortis adpropinquationem arguere potius desiderium, quam oblivionem salutis.* Neque enim coecum, sed ad voluntatem Dei attemperatum moribundi desiderium censendum est. Adfectus quidem plerumque non carent vitio, verum in animis illorum deprehensi, qui ex hac vita demigraturi sunt, labe quadam promiscue adspergi non debent, quamdiu clara vehementiae et malitiae probatio deficit.

§. 5. Ut vero haec singula, quae de praesumpta salutis memoria morientium a me prolata sunt, contra adversariorum tela pie ac sobrie tueri possim, necesse est, quasdam observare cautiones. Nimirum eamdem valere tunc arbitror, si moribundus spectatae probitatis, bonae existimationis atque illibatae conscientiae fuit. Huc pertinent formulae, quibus ad jusjurandum se offerentes cumprimis utuntur, e. g. *Wenn dann solchen Eyd mit guten Gewissen zu leisten weis.* it. *Wann dann meines Theils ich ungeregten Eyde und Jurament Gottlob, mit reinem Gewissen schweren und leisten kan.* Conferantur insuper quae de fundamento existimationis simplicis disserit Pufendorff. *d. j. n. et g. lib.* 8. *c.* 4. §. 2. Sicut autem inter dotes testis idonei Herennius Modestinus *in l.* 2. *ff. de test.* refert dignitatem, fidem, mores, gravitatem: ne adversus fidem testationis suae vacillet; ita in eo, quem deferens jusjurandum veluti testem elegit, sed iste, properante fato, praestare id non potuit, quin potius morte sua supplere debuit, quod eo firmius procedit, quo magis pius, probus fuerit, nihilque ex proposito admiserit, defunctus quod bonam famam apud alios labefactaret. Talem s. Augustinus intellexit *in c. ne quis arbitretur* 14. *c.* 22. *quaest.* 2. cum *perfectum et spiritualem* adpellat, *qui non credatur mentiri, ne animam suam occidat.* Quis igitur rebus ita se habentibus de fide istius hominis dubitare ausit, praesertim eo tempore, quo in extremis laborat, et alius quilibet facile eum vera dicere praesumi potest. Mascardus *de probat. concl.* 1043. *n.* 4. Tanta enim pro homine pio et honesto praesumptio militat, ut multis in causis fides illi adhibeatur, quae aliis denegari solita est. Menochius *in consil.* 30. *num.* 13. Quare nulla adparet causa, cur etiam pro ipso moriente salutis praesumptionem abjiciamus.

§. 6. Prae ceteris quoque hanc praesumptionem suget quotidiana ad mortem praeparatio. Ad bellum cives se praeparant pacis tempore: ita adhuc sanis convenit ad mortis conflictum sese composuisse. Quisque enim mortalium nescit, cita an lenta, naturali an violenta morte sit periturus. Etsi igitur nobis moriendum esse abunde constat experientia, tamen plerique nostrum raro mortem meditantur. Gratia Dei est, quam Sancti ab eo petunt, u crebra mortis meditatione mente ipsorum instruat. Sic enim David orat. *Ps. XXXIX.* 6. *notum fac mihi, domine, finem meum, et numerum dierum meorum quis sit, ut sciam, quid desit mihi.* Et Moyses *Ps. XC.* 12. *numerare dies nostros, doce nos, ut induamus animum sapientem.* Miror autem sapientiores paganorum, quomodo factum, ut et ipsi se quotidie moralitatis suae admonerent. Unde Seneca *in epist.* 24. hanc mortis meditationem ita instituit: *infantiam amisimus, deinde pueritiam, deinde adolescentiam usque ad hesternum, quidquid transit temporis, perit; hunc ipsum, quem agimus diem, cum morte dividimus.* Magnum enim habet ea res usum in vita communi, securitatem tollit, et veram, non simulatam pro moriente salutis praesumptionem parit. Rursus mihi testis erit cordatissimus philosophus, Seneca, *in epist.* 23. *nihil*, inquit, *aeque proficit ad*

temperantiam omnium rerum, quam frequens cogitatio brevis aevi et hujus incerti. Quamquam Seneca ea mente haec scripsit, quae plane non imbuta erat melioris vitae notitia; nihilominus Christi nomen colentibus non exigua commoda adferre possunt. Scilicet ut praeparatione ad mortem usi, errores corrigerent, bene facta continuarent, a malis abstinerent. Atque officium hoc morientis esse debet, ut amoveri a se curet quidquid eum difficultatibus seculi intricat, quidquid constantiam enervat, quidquid quietem turbat aut a sanctis desideriis revocat. Vid. Balduinus, *in casib. consc. lib.* 3. *c.* 4. Dunte *in cas. consc. cap.* 22. *quaest.* 2. *et* 3. Osiander *in cas. conscient. pr.* 6. *cap.* 7. *quaest. de praeparatione ad beatam analysin. p.* 257. *seqq.* Sileo eos, qui exactiore cura, et operosiore, ut licuit per imbecillitatem meam, studio rimati sunt, necessariam mortis meditationem. Ex quorum numero sunt David Chytraeus *de morte*. Joh. Hombeckius *de conflictu animae cum morte*. Samuel Wardus *de vita fidei in morte*. Alvarez. de Paz. *in praeparatione ad felicem mortem*. Jodoc. Clichtoveus *in doctrina bene moriendi.* Non dissimulanter omnes tradunt, quod aegrae ab omni aevo inculcarunt, mortem subitaneam, quae sine ulla praeparatione accidit, potius deprecandam, quam optandam esse. Et quoniam nulla fructuosior, nulla consentanea magis, aut, ut verius dicam, necessaria Jctis etiam meditatio invenitur, praeter illam, quae de morte suscipitur. Ideo ordinis ratio exigit, ut paucis ostendam, quando illi praeparationem ad mortem urgeant. Succurrit exemplum de homine, qui delictum capitale admittit, paulo post in furorem conjicitur, tunc sane illius poena differtur non ex ea solum ratione, quod satis furore suo punitur *l.* 14. *ff. de offic. praesid.* sed propter periculum salutis aeternae, uti monet Carpzovius *pr.* 3. *pract. crim. q.* 145. *n.* 22. et clarius demonstrat dn. Strykius *in not. ad compend. Lauterbachii p. m.* 895. quia furiosus se praeparare ad mortem non potest, tametsi exemplum statuatur.

§. 9. Quamquam ex praecedentibus clare cognoscitur, communem esse illorum opinionem, ut mors vicem jurisjurandi subeat, quos aetas et longa rerum forensium experientia satis docuit, quomodo justum ab injusto discernere debeant. Conf. illustr. dn. Strykius *in not. ad Lauterb. comp. p. m.* 313. Illustris. dn. Bornius *ad univers. jus. jud. disp.* 1. *th.* 57. Excell. dn. D. Schwendendörffer *ad process. fibig. pr.* 2. *c.* 2. *m.* 2. *sect.* 1. §. 4. *reg.* 5. Nihilominus non pauci reperiuntur, qui dubitationum pleni etiam hanc sententiam in litem protrahant. Maxime autem antiquissimi istius Jcti Baldi regulam vehementer opponunt: *non omnem morientem esse s. Johannem Baptistam.* quam magna animi sollicitudine a Glossa *ad cap. literas* 14. *x. de praesumpt.* petiit et *in tit. de pace Constantiae* §. *vassalli nostri n.* 6. tradidit. Postea ejus vestigia legentes summi Jcti d. Tabor *in Barbosa locupl. lib.* 2. *c.* 51. *ax.* 12. et d. Lauterbach. *in tr. synopt. de jurejurando th.* 6. *num.* 88. eandem regulam non minore diligentia ac studio repetierunt. Interim subjuncta hac restrictione, quod de morientis suorumque commodo ac tertii praejudicio agatur. Quorsum pariter referri possit, inimicum ne in articulo quidem mortis constitutum, in causa inimici in testem admitti, neque ei fidem haberi cum juramento, tantum abesse, ut jurato post mortem credatur.

§. 10. Verum ad ea sigillatim respondendum est, quae contra praesumptionem salutis, aeque ac valorem mortis loco jurisjurandi hucusque objecta sunt. quod enim ad Baldi regulam attinet, ideo illam perdere officium suum, existimo, quod in quamplurimis exemplis non procedit. Et quoniam ex jure, quod est, regula sit. Juris autem pro lege accepti non haec natura ac indoles est, ut, in generali dispositione adquiescens, eorum exemplorum, quae rarissime accidunt, rationem ineat, sed ea tantum observet, et exigat, quae ἐπὶ τὸ πλεῖστον contingunt, uti Pomponius *in l. jura constitui* 3. *ff. de ll.* et Celsus ac Paulus *in l.* 4. *et* 6. *ff. h. tit.* monuerunt. Quare necessitas nulla Baldum adegit, ut ex singularibus quorumdam exemplis, qui extreme improbi curam aeternae salutis vel in praesentissimo mortis conflictu negligunt, communem practicorum opinionem impugnaret. Praeterquam enim quod praesumptionis effectus non protinus evertitur, ubi unum alterumve exemplum pro contraria parte proferri potest, quippe alias omnis praesumptionis in foro usus exspiraret adhuc tamen caritatis judicium attendendum erat, quo dubia de personis in eis, quae pertinent ad illarum bonam vel malam existimationem in meliorem partem interpretemur: non repugnare veritate coelesti, quam s. Paulus in 1. *Cor. XIII*, 7. de hoc judicio commendat. Sileo periculum, quo hominum judicium saepe sit temerarium, si rationes ejus, qui fert judicium, vel obscurae aut nimis infirmae sunt: cum nullus etiam judex praeter Deum animi nostri recessus penetret. vid. excell. dn. D. Becmannus *in consp. moral. cap.* 4. qui recte statuit: *praestare per bonam opinionem de malo viro falli, quam per malam de bono: quia hic minor metus injuriae est.*

§. 11. Postquam Baldianae regulae nervum utcumque incidi, ad colorem dissensus nunc delegendum revertar. quem post fata etiam magni aestimandi legum antistites Tabor et Lauterbachius illis, quae tradita sunt, circumfundere solent. Neque puto modestiae limites me excessurum esse, si sepositis refutandi pruritu, tamquam foetu impotentis ingenii, eos saltim cum communi Jctorum opinione conciliare pro viribus adnitar. Nam laudati Jcti supponunt moribundos, qui res omnes quibus seculum delectatur, nondum reliquerunt, mentem ad futura non transtulerunt, atque ita parum memores sunt aeternae salutis. Verum istos supra exclusi, quod extra controversiae aleam ponuntur. Deinde inimicum adhiberi in testem non posse, illis largior ex *l.* 3. *pr. ff. et l.* 17. *c. de testib.* At sermo hic est de agonizante, quem non rancorem modo, sed et inimicitiam omnem deposuisse, spes veniae, quam apud Deum consecuturus est, cuivis persuadet. Jo. Dilectus Durantes *in tr. cautel. tit.* 6. *caut.* 34. qui maximopere dictum Salvatoris moribundis commendat *Matth. VI*, 14. ut quisque proximo peccata remittat, sicut pater coelestis nobis delicta remittit. Denique quod de tertii praejudicio et proprio commodo supra nominati Jcti opposuerunt, de eo non dubito, quin contra morientes, prout vulgo sese praeparare ad mortem solent, haud levem parere praesumptionem possint vita anteacta et simili quo-

que adminicula. Enimvero et illam Menochius *in lib. 5. praesumpt. 4.* eo modo excludit, dum quemlibet a natura bonum praesumi ostendit, quod in civilibus negotiis unice servandum est. Quin etiam ipsa *l. 83. §. 5. ff. de v. o.* cum prohibuit in hominibus malos eventus spectare et augurari, multo minus de mortuis dolum, praejudicium tertii aliaque praesumere permittet. Ergo etiam num fundamentum subsistit, cui superstruxi adsertionem, qua mors loco jurisjurandi valére dicitur.

CAPUT II.

De casibus in quibus mors loco jurisjurandi valet.

SUMMARIA

Connexio.
Regula practicorum commendatur,
Veteres Jctos sequi tutius est, quam eos censere. §. 1.
Excusatio,
Adsertio generalis adfertur, secundum quam mors potest loco jurisjurandi esse. §. 2.
De jurejurando judiciali praecipue agitur,
Mors morosi in locum juramenti surrogari nequit,
Adversarii autem mora non nocet.
Pia voluntas jurandi habetur pro facto.
Quid dicendum, si reus articulos probatorios interim offerat? §. 3.
De fatali termino jurandi,
Distinctio ejus, quorum unus ad se offerendum; alter ad jurandum.
Spatii designatio constitutione electorali et ordinatione processus magdeburgici confirmatur,
Formula se offerendi.
Spatium ad juramentum praestandum jure saxonico certum; jure aliarum gentium arbitrarium. §. 4.
De vi temporis in negotiis civilibus.
Occasione termini se offerendi duae quaestiones dubiae proponuntur:
Una de renovatione hujus termini.
Altera de computatione ejus.
Jusjurandum delatum, sed morte impeditum, pro praestito haberi, non pro relato contra Antonium Fabrum docetur.
Scrupulus de haerede motus tollitur. §. 5.
De juramento suppletorio.
Cujus sedes tam ex jure civili, quam ex canonico,
Substantialia juramenti suppletorii eruuntur.
Adplicatio ad mercatorem, cui jusjurandum supplementum delatum est.
Ejus mors pro praestito habetur.
Rationes pro hac sententia adferuntur. §. 6.
Divortium a Gailio et Escobario modeste instituitur.
Sola mors mercatoris non parit plenam libro probationem, nisi praecesserit jurisjurandi delatio.
Ratio dissensus adducitur.
Carpzovii et Bechmanni sententia praefertur.
Neque libros rationum morte administratoris confirmari contra nonnullos Jctos demonstratur.
L. rationes. 6. c. de probat. in rem praesentem transfertur.
Haeredes administratoris ad juramentum tenentur. §. 7.
Unde jurata bonorum descriptio morientis valet inter haeredes, non vero creditores.
Rat. 1) ex textu novell. 48.
2) a testimonii qualitate.
3) a motu proprio.
Mors tamen haeredis, circa inventarii confectionem suspecti, post delatum juramentum vim praestiti habet. §. 8.
Juramenti suppletorii cum purgatorio comparatio.
Sedes tam ex jure civili, quam canonico investigata.
Conditiones ejus in jurante necess.
Dubium de morte delicta extinguente solvitur:
Nobilem in concursu cum ignobili quoad hoc jusjurandum non praeferendum esse contra Alciatum ostenditur.
Ex supradictis conditionibus mortem quoque hoc jusjurandum supplere, statuitur.
Puffendorffii objectio solvitur. §. 9.
In causis civilibus etiam mors loco jurisjur. purgatorii habetur.
De confessione purgatoria agitur, data occasione l. 2. ff. ad sc. Sillanianum explicatur, cum l. 3. ff. h. tit. conciliatur.
Pro paganis non est praesumpt. salut.
Ergo morientium purgatoriae confessioni derogatur fides.
Christiani autem confessio adcusatoria cum limitatione recipienda est. §. 10.
Moribundi fidejussoris confessio liberatoria expenditur.
Heringii sententia ex conditione personae et circumstantiis negotii restringitur.
An mors ejus jurejurando aequiparanda? §. 11.
De jurejurando in litem agitur.
Casum exhibet Gailius, quo mors illud supplet.
Rationes subjiciuntur
1) a facultate jurandi non transmissibili,
2) a proclivitate ad jurandum id, quod delatum,
3) a praesumptione pro salute juraturi.
Mevii hac in re sententia copiose inseritur. §. 12.
De juramento calumniae, morte etiam supplendo.
Laudatur hanc in rem authent. hoc sacramentum. c. de jurejur. cal.
Eademque conciliatur cum cap. veritatis. 14. x. de jurejur.
Inserta distinctione inter jusjurandum calumniae generale et speciale.
Iteminter poenam perjurii, et vinculum juram. §. 13.
Mors mulieris intercedentis pro marito habet vim juratae renunciationis.
Idem sentiendum de donationibus inter conjuges, item inter parentes et liberos, morte confirmatis. §. 14.

§. 1. Missa fundamenti, aliorumque rerum, quae cum eo cohaerent, declaratione, ad casum, in quibus

ipsa mors loco jurisjurandi valere potest, examen me accingo. Idque isto more ac ordine instituam, ut quantum fieri potest, practicorum regula a me teneatur, quam Klockius laudat *de aerario l.* 2. *cap.* 126. *n.* 9. *Doctoris unam decisionem in terminis plus valere, quam mille generalia argumenta et conjecturas.* Nihil enim facilius est, quam in his novandi studio veterum Jctorum sententias censere ac refutare, quos tamen sequi verecundius et tutius esse videbatur.

§. 2. Fateor, in capite praecedente me propositi mei fines pene excessisse, trahente me ipsa materiae necessitate et seria mortis futurae cura. Nunc autem redeunti in viam ingens casuum multitudo sese offert, quos melius pertractare vix potero, nisi dicendorum summam brevi quamdam includerem adsertione: *quoties enim jusjurandum ad perfectiorem probationem, majoremque securitatem, aut etiam decisionem negotii exigitur; toties mors acceptantis et in judicio sese offerentis aequalem vim habet cum jurejurando.*

§. 3. Ex his itaque liquet, de judiciali jurejurando potissimum procedere comparationem mortis cum juramento institutam, sive hoc pars parti deferat in judicio, accedente tantum judicis decreto quoad probationem, sive judex ipse, parte non petente, praevia tamen causae cognitione, alterutri litigantium imponat. Unde jurare jusso per sententiam judicis, neque in acceptatione neque in oblatione sui ad jurandum moras nectere licet. Caeteroquin si defuncto, cui jusjurandum delatum fuit, ulla mora imputari potest, mors ejus pro praestito haberi nequit, ut praeterlapso interim termino pro deserto jusjurandum judicetur. Nam ubique gentium expediti juris est, quod mora non prodesse moroso, sed nocere potius debeat. Jctus Paulus *in l.* 173. §. 2. *ff. de r. j.* Aliud omnino statuendum est, si adversarius ipse in jurejurando calumniae praestando moras traxit paulo longiores, et in termino contumaciter emansit, is vero, qui jusjurandum rite acceptavit et ad jurandum se paratum exhibuit praeter omnem expectationem moriatur. Nihilominus jusjurandum pro praestito habendum est: quia per illum non stetit, quo minus juraret: cum pro facto habeatur in mortui commodum, quod ipse culpa sua non moratus est Pomponius *in l.* 39. *ff. de r. j.* Liceat igitur pro facto orandi voluntatem imputare, quam mors pie defuncti confirmavit. Thomingius *in pr.* 1. *decis.* 45. *n.* 1. Neque hoc impedire potest, si reus formet articulos probatorios, quibus defendere conscientiam suam voluit, dummodo in illis postea non succubuerit. D. Bechmanni *in usu ff. pract. volum.* 1. *pr.* 2. *o.* 20. *ad tit. de jurejur.*

§. 4. Antequam vero ad alia progrediar, non puto me extra oleas evagaturum esse, si paucis agam de fatali jurisjurandi termino. In foro saxonico duplex occurrit: unus ad se offerendum, alter ad juramentum praestandum. Carpzovius *in process. tit.* 11. *art.* 3. *in jurisprud. forens. pr.* 1. *constit.* 12. *def.* 7. *n.* 1 *et pr.* 2. *decis.* 193. *num.* 2 *et* 3. *lib.* 3. *respons.* 46. *n.* 8. Priorem terminum octo dierum spatio definiunt, intra quod jurare jussus se offerat, et adversarium suum tum ad jurandum de calumnia, tum ad videndum jurare praecise et in specie citari curet. Sic enim constituit Jo. Georgius II. *in decis. nov.* 18. *verb. Dass derjenige dem ein Eyd zu schwören aufferleget, innerhalb* 8. *Tagen anzuhalten, seinem Gegentheil in Saechsischer Frist ad videndum jurari vorladen zu lassen schuldig seyn solle.* Egregie consentit *ordinat. process. Magdeb. nova cap.* 29. §. 3. *Ein jeder welchem ein Eyd deferiret oder referiret wird, oder der dagegen sein Gewissen mit Beweiss vertreten will, soll sich darzu bey unserer Regierung binnen* 8. *Tagen, wenn der Bescheid oder das Urtheil rechtskraefftig worden; jedoch nach Abzug der Ferien, erklaeren, und sub poena desertionis umb citation ad videndum jurari anhalten.* Ac proinde causarum patroni nomine clientum suorum hac formula utuntur in oblatione sui ad jurandum, *Will mich hiermit bey heute zu End lauffenden Octidui darzu anerbotken, und gebethen haben, mir darzu einen gewissen Tag zu ernennen, und mein Gegentheil zu Anhörung des Haupt Eydes, wie auch Ablegung des Eydes vor Gefaehrde gebuhrlichen vorzubescheiden etc.* De posteriori vero termino, qui ad jusjurandum praestandum pertinet, inter omnes constat, in juris saxonici judiciis inferioribus eumdem esse sex septimanarum et trium dierum: in aula electorali atque curiis provincialibus, quia certi per singulos annos termini constituti sunt, quibus causae in ordinario processu pendentes rite tractantur, semper in sequente termino post impositum jusjurandum hoc ipsum praestari solet, prout late deduxit excellentiss. dn. Herold. *in processu suo Langiano cap.* 45. *n.* 16. *seqq.* In aliorum populorum judiciis modo dictum terminum plerumque arbitrarium esse, probatione et adlegatione mea non indiget.

§. 5. Cum vero tempus alicui rei praefixum sit de forma ipsius per *l.* 13. §. 4. *ff. de excusat. tut.* et tempus legis, qui non servat, legis formam non observasse ex *l.* 4. §. 6. *ff. de offic. procons.* nonnulli concludant, duo mihi ex illis sunt dubia, quae breviter decidam. Unum est, si quis terminum oblationis fatalem praecise attenderit, adversarius vero contra praestationem juramenti excipiat, in quo tamen succubuit; num juraturus se denuo intra octiduum offerre debeat? Id quod cum excellentissimo dn. Heroldo, adcuratissimo rerum forensium interprete, mihi facem praeferente in *processu suo Langiano cap.* 41. *n.* 30. jure meritoque nego. Nihil enim de hac termini renovatione sive in constitutionibus electoralibus Saxonicis sive in ordinationibus processuum dispositum esse reperitur. Accedit, quod quaevis dispositio de actu saltim primo intelligi debeat per *l.* 89. §. 1. *ff. de v. s.* Alterum vero dubium huc redit: si quando a sententia super juramento lata adpellatum fuerit, illa vero confirmetur a judice adpellationis, ex quo die tunc oblationis initium currat: nam ex die judicati, an vero ex die remissionis actorum? Ex animo lector hic jurium consultissimum dn. Martini *in comment. ad o. p. s. tit.* 18. *n.* 15. mihi difficultatem hanc explicaturo tulisse suppetias, et pro posteriore computatione omnino pronunciasse, adnexa tamen limitatione *l. c. n.* 16. nisi interlocutoria plura puncta in se contineat et ab aliis, quam ab impositione juramenti fuerit adpellatum. In rem vero praesentem maxime facit, cum *l. c. n.* 18. adserit, si intra fatale a remissione actorum moriatur juraturus, mortem ejus pro jurejurando habendam esse. Etsi Antonius Faber *in cod. de r. c. def.* 32. *n.* 3. a communi opinione recedens, existimet, jusjurandum ei

delatum, qui paulo post mortuus, non pro praestito, sed pro relato accipiendum esse; cum tamen neminem fugiat, ipsum defunctum jurisjurandi acceptatione facultatem illud referendi amisisse: quoniam renunciare semel constitutae obligationi, nisi adversario consentiente nemo potest *l. 5. c. de o. et a.* Carpzov. *in processu tit. 11. art. 14. n. 9.* B. Lauterbachius *de relatione juramenti tit. 18. et 23.* Unde si pendente adpellatione vel leuteratione deferens juramentum decessit, non potest juramentum haeredi deferentis referre, sed praecise jurare cogitur, alias juramentum habetur pro relato et praestito. Celeberrimus dn. Herold *l. c. cap. 43. n. 10.*

§. 6. Post compositos opinionum fluctus, quos Jcti circa terminum sese offerendi vel praestandi juramenti excitarunt, progredior tam ad juramentorum genera, quam ad casus his subjectos, in quibus mors saepius dictam jurisjurandi vim consequi potest. Suppletorium vero juramentum, cum frequentia sua in judiciis se facile commendet, hic aliis etiam antepono. Cujus sedem dissimulanter quidem demonstrat Gajus *in l. admonendi 31. ff. de jusjur.* his verbis: *solent saepe judices in dubiis causis exacto jurejurando secundum eum judicare, qui juravit*; sed clarius idem designant imperatores Diocletianus et Maximinus *in l. bonae fidei. 3. c. de r. c. in bonae fidei contractibus, nec non in ceteris causis, inopia probationum, per judicem jurejurando causa cognita res decidi oportet*: quibus accedit pontifex Gregorius IX. *in cap. 36. x. de jurejur.* qui a judice exigit in delatione hujus juramenti, ut personarum et causae circumstantias probe inspiciat. Inventa nunc sede necessarium duco, ad mortis effectum intuitu hujus jurisjurandi paulo plenius exprimendum, singulas ejus conditiones perlustrare Nam surrogatum naturam ejus sequitur, in cujus locum surrogatur. Et ipse Mevius *in p. v. decis. 46.* diserte agens de jurejurando suppletorio dicit: *non posse in ejus locum succedere mortem, nisi omnia sint eadem, quae circa istud jusjurandum desiderantur.* Scilicet ad jusjurandum suppletorium requiritur (1) semiplena probatio, quae evenit vel per unum testem omni exceptione majorem, vel per librum mercatoris, causas debendi dataque et accepta comprehendentem; vel per alios probandi modos imperfectos, quos adferre singulos instituti ratio haud permittit. Conf. illustris dn. Praeses *in disput. de semiplena probatione* (2). Scientia veri in eo, cui defertur. Talis erit, qui ipso actui interfuit, oculis atque auribus suis negotium percepit (3). Famae ac fidei integritas: quia testis partes occupat, jurare in supplementum jussus: ergo ea, quae in teste, pariter in jurante exiguntur *lib. 2. et 3. ff. de testib.* (4). Qualitas causae, sit modica et civilis. Nam propter suspicionem perjurii in causis civilibus iisque magnis et arduis, quas tamen judex arbitrio suo definit, regulariter non defertur. Gailius *i. o. 108.* Struvius *in s. j. c. exerc. 17. §. 43.* Sichardus *ad l. 3. c. de r. c.* Quodsi igitur his praesuppositis mercator, cui contra debitorem producenti librum suum *sein Handelsbuch* juramentum suppletorium delatum, ipse etiam tempore satis opportuno ad jusjurandum se obtulit, adhuc paratus, ante ejus praestationem obeat, jusjurandum pro praestito haberi omnino potest ac debet. Primo enim de larsta erat jurandi voluntas a defuncto, sed sola morte praeventus externum jurandi actum addere haud potuit: ergo pro praestito per mortem subsequentem aestimandum est *arg. l. 24. ff. de condit. et demonstrat.* Deinde memorem salutis suae fuisse morientem mercatorem eumdemque noluisse in mendacio mori, infertur ex ipsa delati hujus juramenti conditione, quippe ad hoc nemo admittitur, nisi famae bonae ac illibatae sit fidei. Denique et istud includo, in acceptatione et oblatione a jurante nihil quidquam commissum esse, quominus mors sua minorem fidem quam corporale juramentum habere debeat. B. Brunnemann. *cent. 3. decis. 11.* Mevius *p. 4. decis. 262.* Carpzovius *in lib. 6. resp. 120.* Gailius *l. 2. o. 43. n. 2.* Cravetta *de antiq. temp. part. 1. sect. 4. n. 48.* Alciatus *reg. 3. praesumpt. 4. n. 5.* Neque obstat *l. 12. pr. c. de r. c.* ubi Justinianus imperator videtur multis cautelam praescripsisse, qua possit reus petere, ut sibi salva contradictione adversarii interea jurare liceat. Quae lex declaranda est de actore, per quem stetit, quominus juramentum praestaretur. Alias ei contradictio injusta prodesse non debet, vel hac sola causa freto, quod actor beneficio juris introducto uti noluit.

§. 7. Propterea tamen cum Gailio *2. o. 43. num. 5.* Francisco Munnoz de Escobar. *in tr. de ratiociniis administr. cap. 11. num. 30.* nolim tueri opinionem, quod mortuo mercatore, antequam ei juramentum delatum esset, libro ejus sine suppletorio juramento credendum foret, ac si realiter jurasset. Praeterquam enim quod mors prius vim jurisjurandi non suscipit, quam post factam delationem, duo etiam singularia, circa unam eamdemque rem occurrentia, non aeque jura permittunt *arg. lib. 1. c. de dot. promiss.* Tiraquellus *ad l. 8. c. de rev. donat. n. 167.* Martinus Schickardus *in dialect. juris cap. 2. n. 123.* Sic unum singulare est, quod libri mercatorum semiplene probent, cum tamen rationum libris, quos solet paterfamilias conficere, id negatur, ut adeo pro ipso nihil probent: alterum singulare erit, quod mors ante delationem et judicialem oblationem vim juramenti suppletorii habeat. Bene haec expendit Klockius *cons. 43. n. 28.* dum scripturae moribundi in sui vel haeredis commodum et tertii praejudicium emissae robur omne ademit. Quid vero opus est verbis ea in re, quam lex ipsa prohibuit *l. rationes. 6. c. de probat. Rationes defuncti, quae in bonis ejus inveniuntur ad probationem sibi debitae quantitatis solas sufficere non posse.* Hinc adquiescam in solida decisione b. Brunnemanni in *processu civili c. 9. n. 4. p. 175.* Carpzovii *l. 6. pag. 102.* quod mercatoris mortui haeredibus adhuc deferri possit jusjurandum suppletorium. Quam ipse d. Bechmann. *in usu ff. practico* confirmavit *o. 63.* cum praecedente *o. 50* adseruisset, a Jctis Jenensibus pro jurejurando mortem acceptatam esse quatenus jurans ante obitum judicialiter sese obtulerit. Et quoniam de libro rationum, ab administratore confecto, eamdem sententiam defendit supra commemoratus Munnoz de Escobar *de ratiociniis administr. cap. 9.* quod expensae per mortem administratoris confirmatae si sint, perinde habeantur, ac si jurejurando probatae, ideo etiam ea parte ab ipso dissensum molior. Maxime quod traditio, non vero ratio est Pauli Castrensis *cons. 131.* Ruini *l. 4. cons. 18. n. 2.* Aymonis *cons. 265. n. 5.* Socini *cons. 161.* mortem non parum fidei addere mortuorum scripturis, adeo, ut

ubi ad suppletndam fidem libri rationis juramentum requiratur, illud juramentum necessarium non esset, ubi scribens mortuus jam fuisset, eo, quia mors valorem obtineat juramenti. Verum ne ejusdem rei repetitione taedium excitarem, vel semel dixisse sufficiat, non mortem, sed morientis praeparationem cum vita antacta comparatam fundamentum praebere isti praesumptioni, qua moriens praesumitur memoriam tenere salutis aeternae. Praeterea Jcti mortem jurejurando admittentes non loquuntur, nisi de moriente, qui judiciale jusjurandum acceptavit eidemque praestando sese obtulit, quae conditio in administratore deficit. Quo pertinet Germanorum formula: *sie nehmen es auf ihre letztere Hinfahrt, wollen darauff leben und sterben, und am jüngsten Gerichte darvon antwotten.* Sicut autem jusjurandum non valet, quando juratur super eo, quod delatum non est; Ulpianus *in l. ait praetor.* 3. §. *ult. ff. de jurejur.* Ita nec mors, quae in locum jurisjurandi surrogatur, talem effectum litis decisorium consequi potest, cum plane jusjurandum non delatum est. Imo si quis adversae sententiae nimis indulgere velit, nunquam a defuncti haeredibus juramentum praestandum erit, quos tamen de credulitate jurare hoc casu D. Bechmannus *l. c.* qui etiam constitutionem electoralem 24. *p.* 1. *citat.* copiose demonstrat.

§. 8. Dum rationes morte confirmatas diligenter mecum pondero, silentio non praetereundam esse arbitror novellam 48. *c.* 1. Sunt enim haud pauci, in quibus commemorandis multus non ero, ex ea probaturi, bonorum designationem, si quando a moriente jurato fiat, non ab haeredibus modo, sed et a creditoribus defuncti observandam esse. Ad haeredes quod attinet, iisdem non possum non adsentiri. Expressa enim sunt novellae verba quae hoc praecipiunt: *defuncti voluntatem ab ejus successoribus ita servandam, ut in nullo ei contradici praesumatur.* Praesertim ea de causa, quoniam testator illam bonorum descriptionem jurejurando confirmavit, et ita cuixae erga haeredem voluntatis suae signum dedit Papinianus *in l. cum pater* 77. §. 23. *ff. de leg.* 2. Conf. D. Antonius Daniel Sonnemann, Jacobus Cujacius, Matthias Stephanus, Conradus Rittershusius *ad nov.* 48. *c.* 1. Gravior est inspectio de creditoribus, quibus imperator Justinianus dispositione sua consuluit *in novell. cit. c.* 1. §. 1. *pr.* inquiens: *haec quidem inter haeredes, qui curiosi videntur in defuncti esse substantia, valere volumus; non tamen hoc ratum esse et inter creditores.* Ip e etiam legislator subjicit rationem: *quaecumque enim pro se quisque dixerit vel scripserit, ea neque ipsi profutura esse, neque creditoribus paritura praejudicium.* Hanc latius explicat M nochius *in lib.* 5. *praes.* 5. *n.* 17. et Richter *ad auth. obtinet c. de probat. n.* 18. ad quos doctores brevitatis amore me remitto. Quodsi enim adsertio defuncti in creditorum sùorum praejudicium valere posset, morientem in propria causa idoneum fore testem, quem tamen Papinianus *in l. nullus* 10. *ff. de test.* et imperatores Valens, Gratianus et Valentinianus *in l. omnibus* 10. *c. de tes ib.* rejiciunt. Neque adjectum morientis juramentum huic bonorum designationi adversus creditores aliquem valorem conciliare potest, tametsi mors vim ejus habeat: quia non judicialiter delatum, sed proprio motu praestitum est. Conf. b. Brunnemann. *in repetit. paratit. Wesenbec. tit. de fide instrum. qu.* 36. *tit. de jurejur. qu.* 16. dn. Praeses *in dissert. de effatis Agonizantium cap.* 2. *n.* 2. *seq.* Qua occasione data, brevibus dicam, de quo alii anxie disputant: si nempe post confectum inventarium aut designationem bonorum defuncti aliqua suspicio oriatur contra haeredem quod in fraudem creditorum quaedam celet, tunc si eo nomine delatum juramentum, cui etiam justo tempore se haeres obtulit, ab altera vero parte impedita sit ejus praestatio, donec ipse moriatur, sane idem juramentum pro praestito reputandum est, secundum ea, quae supra adserui, et alias strenue defendit Sebastianus Monticulus *in tr. de inventario haeredis n.* 149. Bechman. in *usu ff. practico ad tit. de jure delib. o.* 7. D. Rennemann. *in jurisprudentia Romano-Germanica d.* 35. *de beneficio inventarii* §. 18. *not.* (*c*).

§. 9. Quemadmodum jusjurandum suppletorium perficit; ita purgatorium elidit semiplenam probationem. Licet enim ad condemnationem haec minime sufficiat; nihilominus rei absolutionem ideo non permittit: quia praesumptionem quamdam contra eum excitat, quae auxilio hujus juramenti avertenda est. Ac propterea a b. Brunnemanno *in pr. jur. c. cap.* 23. *n.* 34. commode adpellatur juramentum probatorium innocentiae. Sin vero in ullius, certe in hujus juramenti delatione magna circumspectione opus est judici, ne quid concedat, quod inter alios offensionem parere possit. Ad quam melius cavendam, exhibita juramenti hujus sede, perinde ut in suppletorio feci, singulas illius conditiones enarrabo. Extat autem partim in jure civili, partim in jure canonico. Ex illo mihi proferre liceat *l. praesenti lege* 6. §. 4. *vers. sicubi c. de his qui ad eccles. confug.* ubi suspicione criminis gravatus, de conscientia sua satisfacere jubetur. *auth. novo jure c. de poena jud. qui male jud.* Similiter in jure canonico per purgationem canonicam indicatur a pontifice Lucio III. *in cap.* 8. *et* 9. *x. de purgatione canonica* quippe quae de objecto crimine reum purgare solet. Plura additurum praefixa meta continet. Quamobrem iis praetermissis, ad conditiones transeo, quae ex parte juranlis deposcuntur. Nimirum sunt istae, ut (1) suspicionibus reus gravetur, aliaeve probationes ei deficiant *l ult.* §. 5. *c. de jure dom. impetr.* (2) persona sit fide digna. Ita pontifex Innocentius III. *in cap. cum dilectus.* 11. *x. de purg. can.* sedulo praecipit, ut personae honestae ad purgationem admittantur. Quod autem in plurium concursu facilius nobili adcusato, quam ignobili purgatorium hoc jusjurandum a judice deferendum sit, uti Alciatus sibi persuasit, *praesumpt.* 48. *circa fin.* veritati consentaneum esse non puto, quoniam innocentia comes est non tam dignitatis, quam virtutis. Quamvis Borellus *lib.* 1. *dec.* 53. *n.* 7. *seqq.* tradiderit hoc jusjurandum quam maxime inventum esse ob personas egregias. Verum huic satisfieri potest ex principiis, quae excell. dn. d. Joh. Samuel Strykius haud ita pridem *in disp. de interrogatoriis ineptis* §. 17. *seqq.* proposuit (3.) ne adsit ea causa criminalis, quae ad poenam corporis adflictivam pertingit, nisi sufficientia ad torturam indicia deficiant Carpzovius *in pract. crim. p.* 3. *qu.* 216. *n.* 76. Dubium aliquod mihi hic incidit, quod omnino removendum est; scilicet delicta morte expirare, ergo non opus esse hoc jurejurando purgatorio. Verum ad istud respondeo (1) crimen supponi, quod post mortem quo-

que delinquentis puniri potest, uti est laesae majestatis crimen (2), sententiam intelligi sub conditione latam contra delinquentem, nisi a crimine sibi impacto per jusjurandum se purgaverit. Ex his planum atque perspicuum erit, si reus intra terminum a judice ad praestandum hoc juramentum adsignatum moriatur, dummodo id praestare non recusaverit, et ejus quoque mortem effectum praestiti juramenti obtenturum esse. Equidem is suspectus, non tamen crimine convictus fuit. Deinde personae conditio juvat praesumptam salutis memoriam: honesta, non inhonesta ad hoc jusjurandum admittitur. De qua nemo praesumet, eumdem divinae gratiae renunciaturum esse ad vitandum aliquod incommodum, quod tamen infra capitis periculum subsistit. Scio dn. de Puffendorff *in element. jurispr. univers. lib.* 1. *cap.* 12. §. 39. movere scrupulum, quo paucis eam animi vim esse defendit, ut mortem oppetere malint, quam perjurium committere. Sed talis adfectus in enormes cadit peccatores, quos hic remotos esse cupio, quorum peccata tanto graviora sunt, quanto diutius miseram eorum animam adfligunt. Fac, plures mortalium animae suae rationem non habere ex puro Dei amore; nihilominus istud nemo negaverit, quod ex metu gehennae saltim perjuria vitent. Farinacius *in pract. crim. qu.* 46. *n.* 5. Tabor *in tr. de torturis ad art.* 25. *c. c.* §. 37. De caetero cum et in causis civilibus juramento purgatorio locus esse possit Mevius *pr.* 4. *dec.* 8. *n.* 11. Heigius *p.* 1. *qu.* 40. *n.* 25. Carpzovius *p.* 1. *const.* 22. *def.* 15. eo citius ibi mors pro juramento reputari poterit, quominus periculum perjurii subest.

§. 10. Cum autem de morte ago supplente jusjurandum purgatorium, nihil inane aut alienum ab hac materia me prolaturum esse confido, si moribundi confessionem purgatoriam ei accensuero. Siquidem Callistratus *in l. Divus Marcus* 2. *ff. ad sc. sil.* casum de Julio Donato vulnerato Domino narrat, qui testamento condito purgavit officium servorum. Circa istam purgationem ostensurus sum, quod effectum absolutionis habuerit, neque hanc servis inique praestiterit. Nam exhibuit dominum, in mortis articulo versantem, qui non praesumitur in sui injuriam quidpiam adseruisse, nedum adversarium suum temere absolvisse, sed omnia animo sincero ac fide integra egisse. Quodsi igitur mors aequiparatur juramento ob praesumptam salutis memoriam, multo magis credendum est, morientem in purgatoria confessione quam maxime sibi a mendacio tamquam peccato mortali cavisse, et liquidam veritatem dixisse. Polydorus Ripa *de actis in mortis articulo c.* 29. Hahnius ad Wesenbecium *tit. de confessis n.* 7. *p.* 735. Caeterum his ita expositis non repugnat Ulpianus in sequente *l. si quis* 3. §. 1. *ff. ad sc. silan.* negans, morientis effato credendum esse; cum diversus sit casus: in priori lege de liberatione; in posteriore de adcusatione agitur. Jura autem semper procliviora sunt ad liberandum, quam ad obligandum *l. Arrianus* 47. *ff. de o. et a.* Praeterea mirum non est, de paganis dominis meliora non praesumpsisse Ulpianum, qui ipse paganus erat Jctus. Apud illos enim exigua aut plane nulla spes immortalitatis erat, tantum abest, ut praesumptio salutis eis adfulgere possit. E contrario inter christianos spes melioris vitae omnibus promissa est, et propterea nemo ipsorum in novissimo vitae spatio mendacium, quod aeterna privat salute, dixisse praesumitur. Natta *in cons.* 537. *n.* 20. Moderanda tamen haec praesumptio est, tum ratione personae laesae, quae pia sit ac fide digna, tum ratione ipsius laedentis, qui contra se suspicionem habere possit, tum ratione aliarum circumstantiarum, loci, temporis, modi et similium. Vid. dn. Strykius *in disput. de effatis agonizantium cap.* 4. *n.* 3. *seqq.* Quare tandem concludo, totius esse pro purgatoria, quam adcusatoria morientis confessione pronunciare.

§. 11. Ex his porro ferendum est judicium de Antonii Heringii opinione, quam in *tr. de fidejussoribus c.* 20. *n.* 7. tuetur, nempe fidejussorem, qui in mortis articulo constitutus testamentum confecit, et in eo scribi curavit, se pro principali debitore pecuniae debitae summam praestitisse, tunc per illud testamentum solutionem satis probasse, ac si juramentum intervenisset. Sed advertendum hoc erat, procedere tunc vim mortis, confirmantis solutionem, si fidejussor homo bonae fidei et famae fuit, et confessioni suae in ultima voluntate eas circumstantias adjecit, ex quibus faciles conjecturae duci possunt, pecuniam exsolutam esse. Conf. excell. dn. Christ. Ferdinandus Harprecht *in dissert. de conjecturatae solutionis et praescriptae differentia.* Praeterea, ut saepe in multis terris fieri solet, quod testatores omnes in testamentis suis aliisque ultimae voluntatis generibus, contentas res sub amissione salutis animae suae veras esse confitentur, *sie nehmen es auff ihre letzte Hinfahrt*; ita et eo casu judex religionem testatoris, alias hominis per se probi et minime diffamati sequi potest: tametsi vim juramenti ejus morti neutiquam tribuat: cum conditiones, quas supra requisivi, hic plane deficiant.

§. 12. Satis de moribundorum confessione. Ad istud juramentum progredior, quod in litem esse adpellatur. Maximum ejus usum esse in judiciis testatur Ploto in *tr. de jurejurando in litem* §. 22. *n.* 6. ratus, omnem actionem de mundo, in qua res non restituitur ad mandatum judicis, occasionem praebere posse ad jusjurandum in litem deferendum. Quidsi igitur hoc alicui actori delatum, ab eoque acceptatum esset, sed morte impedito, quominus actu ipso praestaret, habendum illud est ne pro praestito? Ita sane Gailius 2. *o.* 42. *n.* 1. refert in camera imperiali decisum fuisse, ut ne opus fuisset haeredis juramento. Primo enim juramenti facultas non transit ad haeredem, nisi adpareat de plena notitia ejus, super quo jurandum est, Posthius *decis.* 60. *n.* 11. ideoque multum discrepat juramentum haereditarium a sacramento principali, Justinianus *in l. generaliter* 12. *pr. c. de r. c.* deinde juramentum pro praestito habetur, quando is, qui debuit jurare, ipse paratus aut per mandatum speciale constituto procuratore decessit. Colerus *in decis.* 116. *n.* 12. Tandem cum omnes christiani sciant, aut minimum scire debeant, contemptam jurisjurandi religionem Deum ultorem habere longe gravissimum *l.* 2. *c. de r. c.* Ergo praesumendum non est, aliquem illorum salutis suae coram adeo neglecturum esse, ut in peccato cum mendacio mori velit, quod mortem aeternam attrahit. Ploto *in tr. de jurejurando in litem* §. 34. *n.* 2. Setser *de juramentis lib.* 5. *c.* 4. *n.* 26. Borcholt *de jurejur. c.* 7. *n.* 9. Bene Mevius *in p. v. decis.* 46. monet: nullo certo jure traditum est, mortem loco juramenti esse, ideo non te-

mere soli morti a quiescendum. Verum idem Mevius *in pr. 6. decis.* 384. modo dictam sententiam suam limitat, cum ibi pro jurejurando in litem mortem surrogat, si nempe judex jam detulit jusjurandum, actor vero illud recepit atque ad jurandum sese attulit: quia tunc certa voluntas est pro juramento in mortuo. Christinaeus *in dec. p. 2. lib. 4. tit. 1. dec. 3. n. 3.* Secus est, si adhuc dubia sit voluntas, quo casu aequiparatio cessat. Etsi igitur in actis sponte dixerit actor, se velle et posse salva conscientia juramento confirmare quantitatem damni et aestimationem rerum peremptarum; tamen id pro juramento haberi non potest, quamdiu dubium est, anne per jactantiam potius dictum scriptumve sit, quam serio. Quare non diffiteor, imperite, nec modo sine, sed et contra rationem a multis comparationem hanc mortis cum jurejurando institui, quod tamen illi non debet praejudicare.

§. 13. Cum ea tantum juramenta delibare velim, quae in foro frequentiora sunt, et jusjurandum calumniae hic subjiciendum erat. Si enim post litem contestatam una vel altera parte exigente defertur a judice, is autem, cui delatum, intra terminum praefixum ex hac vita demigrat, ex actis insuper adpareat, eumdem hoc suscepisse, post ejus mortem pro praestito habetur. Id quod *ex auct. hoc sacramentum c. de jurejur. propt. calum.* quodammodo probari posse, aliqui sibi persuaserunt: uti dispositum videtur, semel tantum jurandum esse. Neque successor et defunctus hic eamdem personam sustinere queunt: quia quisque in propriam animam jurare debet. Et quoniam loquitur *auct.* de actore. et eum semel tantum praestare debere hoc juramentum statuit: non autem dicit, defuncti juramentum vel mortem ei aequipollentem prodesse tum haeredi, cum nova quaedam malitiae suspicio emergit. Immo omnibus constat, haeredem ad reassumendum processum teneri. Quibus cognitis frustra opponitur Clementis III. *cap. veritatis 14. x. de jurejur.* quod potius roborat, quam refellit ea, quae dixi, dum juramentum ex parte juramentis personale esse adstruit, nimirum quoad poenam perjurii, licet quoad effectum jurisjurandi transmittatur, ut proinde illo, non hoc casu morte finiatur. Deinde *capit*: agit de vassallo, qui juravit praelato, adeoque successoribus jurare non cogatur. Sed male confunditur juramentum fidelitatis cum eo, quod calumniae est, si aeque rei praesenti decisio adplicatur. Postremo sciendum est, distinctione inter jusjurandum calumniae generale, et speciale seu malitiae hanc difficultatem removeri Vid. dn. d. Struvius *in dissert. de morte sect.* 7. §. 19. D. Schultz. *in synops. judic. pos.* 65.

§. 14. In superioribus, maxime autem §. 2. mentionem habui ejus juramenti, quod pro confirmatione et securitate negotii adhibetur, restat, ut de isto etiam aliquos casus inseram. Manifesti autem juris est, uxorem pro marito suo sine juramento intercedere suisque beneficiis renunciare ideo prohiberi, quod talis intercessio et renunciatio sapit donationis naturam, Baldus *in auct. qua mulier. n. 2. c. ad sc. vellejanum.* sed inter conjuges donatio invalida est. *Ulpianus in l. 2. et 3. ff. de donat. inter vir. et uxor.* Nihilominus si postea uxoris morte confirmatur, uti donatio convalescit; ita intercessio et renunciatio privilegii muliebris. Antonius in *l. 1. et 3. c. de donat. inter vir. et uxor.* Gordianus imperator *in l. si maritus, id. c. d. tit.* Antonius Thesaurus *decis. 32. n. 13.* Heigius *pr. 2. quaest. 17. n. 6.* Nam mors vim juramenti habet Jason *in rept. l. admonendi 31. ff. de jurejur. n. 128.* prout speciali casu illustrat Carpzovius *pr. 2. constit. 16. def. 9. Ob nun wohl solcher Verzicht ohne Eyd geschehen, dieweil die Frau aber dennoch in ihrem Tod dabey verharret, so ist angeregter Verzicht morte confirmiret worden.* Certe non alia ratione, quam ea, qua patris donatio liberis facta morte ejus convalidatur Schneidewin *in comment. ad inst. §. 2. de donat. n. 68.* Gailius *2. o. 38.* Quandoquidem haec jure non subsistit, nisi juramentum accesserit Bonifacius VIII. *in cap. quamvis 2. de pactis in 6to.* Modestinus Pistorius *vol. 2. cons. 19. epist. 2. n. 50.* in cujus locum mors surrogatur.

CAPUT III.

De casibus, in quibus mors vim jurisjurandi non habet.

SUMMARIA

Connexio,
Mors non habet vim jurisjurandi praestiti,
1) *ex indole personae,*
2) *ex qualitate juramenti, §. 1.*
Tales personae sunt
1. *Athei, quia Dei sunt contemptores: ergo in ipsis cessat praesumptio salutis.*
Judicium dn. Speneri de atheorum conversione laudatur.
2. *Perjuri. Cum atheis comparantur.*
Jusjurandum eis non deferendum est.
Rationes dissentientium examinantur.
Distinctione inter perjurii convictum et suspectum.
Item inter poenitentem et impoenitentem, solvuntur. §. 3.
3. *Judaei. Cum in genere tum in specie de eorum jurejurando suppletorio agitur.*
Hoc deferri illis non posse contra christianos legibus et rationibus probatur.
De libris judaeorum.
Marquardi de Susannis opinio limitatur.
Mors illorum pro jurejurando non inter christianos, sed judaeos haberi solet.
De paganis, haereticis, aliisque remissive. §. 4.
4. *Procuratores. Mandatum speciale ad jurandum requiritur.*
Causae ab hoc jurejurando procuratorio exceptae proponuntur.
Mors procuratoris non supplet juramentum pro principali praestandum.
Restituitur in principalem obligatio ad jurandum:
Probatur 1) *ex effectu,*
2) *ex formula. §. 5.*
Ex qualitate ipsius juramenti excipitur
1) *conventionale,*
Cujus delatio,

praecisa praestatio,
Sedes materiae ex l. 5. ff. de jurejur.
Mors non supplet jusjurandum conventionale,
Id quod in continenti praestandum est. §. 6.
2) *testimoniale,*
Prudentia judicis circa testes moribundos.
An sint idonei?
Non tam de habilitate testium, quam de solemnitate testimonii agitur.
Subsequentem mortem non valere loco jurisjurandi testimonialis,
Illustratur exemplo testium ad perpetuam rei memoriam adhibitorum.
Probatur 1) *ex l.* 9. *c. de testibus,*
2) *ex cap.* 51. *x. de testibus,*
3) *ex partium litigantium favore.*
Negatur contra Bachovium et Puffendorffium necessitatem hujus juramenti ex l. naturae repetendam esse.
Dn. Strykii consilium hac in re adfertur. §. 7.
De abrogatione jurisjurandi testimonialis.
Occasionem de hac agendi praebuit
Exemplum 1) *principis in causa subditorum vice testis fungentis*
2) *quarumdam gentium leges, statuta et consuetudines hic consentientes.*
Testimonium in scriptis praestitum recognoscendum est.
Rationes dictae abrogationis.
1) *quia pacto remitti potest testibus,*
2) *quia sola lege positiva humana introductum est.*
3) *quia in l. Mosaica ejus nulla fit mentio, quae tamen omnium legum norma esse debet.* §. 8.
4) *quia christiani primitivae ejusque purioris ecclesiae a juramentis abstinuerunt.*
Dn. Arnoldus commendatur.
Conclusio.

§. 1. Praecipuos fere casus exhibui et absolvi, in quibus mors loco jurisjurandi habita est. Nunc porro eo dirigam cogitationes meas, ut exceptiones investigem, ubi vis haec vicaria cessare solet vel ex indole ac moribus personae, pro qua salutis praesumptio militare nequit, vel ex qualitate ipsius juramenti, quod per actum aequipollentem non suppletur, sed praecise praestandum est.

§. 2. De personis acturo, quarum mors juramenti valorem obtinere non potest, athei reliquis antetponendi sunt. Etenim jusjurandum praestiturus Dei nomen sive expresse sive tacite ut testis ac vindicis invocare debet: frustra autem hoc ab atheo quis ex spectabit, qui Deum non credit, tantum abest, ut ejus metuat vindictam. Nullus enim error est capitalior, quam atheismus. Et quia divini Numinis sensum ex animo tollere conatur atheus, eo ipso labefactat jurisjurandi fundamentum. Quis igitur, cui vera religio cordi est, pro atheo salutis praesumptionem suscipiet, qui impudentissimus ejus Numinis contemptor est, quod aeternum perdere ac salvare potest, vid. Ven. dn. d: Spenerus *in judicio de conversione athei*, quod exstat *in respon. theolog. p.* 1. *c.* 1. *sect.* 11. 12. et commodo publico nuper admodum ad praecludendas invalescentis atheismi vias seorsim prodiit, interprete dn. Langio. add. dn. Uffelmann *de jure, quo homo homini in sermone obligatur c.* 8. §. 1.

§. 3. Proximum est, ut dispiciam de perjuris. Quod enim ad Dei contemptum attinet, in eo atheis parum concedunt. Inprimis conferantur ea, quae de perjurii gravitate quam gravissime tradit Jo. del Castillo *in tr. de juramento et perjurio d.* 11. *n.* 115. *seq.* Ideoque salutis praesumptione excidentes, non merentur, ut mors ipsorum pro jurejurando habeatur. Nam semel malus, quamdiu non resipiscit, semper talis praesumitur. Baldus *ad l.* 1. *fin. c. locat.* Menochius *in p.* 11. *urbit. jud. quaest. cent. v. casu* 464. *n.* 19. Ac proinde ad jusjurandum neutiquam admittendus esse videtur: quia homicida erit, qui verisimiliter pejeraturo juramentum defert. Felinus *ad cap. apostolicae* 9. *x. de except. n.* 2. Iisdemque plane non creditur, qui veritatis a se fidem abjecerunt *c.* 24. *in fin. c.* 2. *q.* 7. Unde non satis se explicant, qui inter judicem et litigantem distinguunt: quia uterque horum alieni peccati culpam contrahit ac temeritatis notam vix effugere potest, etiamsi judex sit, qui jusjurandum vi officii sui detulisset. Equidem sunt, qui dissensus sui has adferunt rationes, futurorum nullam esse certam scientiam, ac posse in praesenti, qui olim perjuria commisit, semetipsum emendare. Quibus ita respondeo, mihi sermonem fore potissimum de convicio, non autem de suspecto tantum perjurii. Ab illo jusjurandum in judicio exigentem S. Augustinus dehortatur *in c.* 5. *c.* 22. *quaest.* 5. *Qui hominem*, inquit, *ad juramentum provocat, et scit eum falsum esse juraturum, vincit homicidam: quia homicida corpus occisurus est, ille animam, immo duas animas, et ejus, quem ad jurandum provocavit, et suam. Scis verum esse, quod dicis, et falsum esse, quod ille dicit et jurare compellis? Ecce jurat, ecce pejerat, ecce perit. Tu quid invenisti? Imo et tu periisti, qui de illius morte te satiare voluisti. conf. c. qui exigit* 6. *c.* 22. *q.* 5. Satius propterea est, jurare parato istud remittere, quam homicidium committere et animam occidere. Facilior est jactura pecuniae quam conscientiae, et quid tandem lucri, si adversarius cum perjurio absolvatur? B. Brunnemannus *in comment ad ff. ad l. remitti* 6. *ff. de jurejurando.* Sed intelligendum hoc de isto casu, quo deferens statim docere potest, pejeraturum, cui juramentum delatum est. Mevius *p.* 2. *decis.* 93. Nam metum perjurii criminari non sufficit. Mevius *p.* 4. *decis.* 118. Ut taceam quae de perjurii emendatione objiciuntur, quippe impoenitentem, non poenitentem a juramenti praestatione excludo, ea permotus ratione, quod peccator post peractam poenitentiam non dicatur amplius peccator. *c. ferrum* 18. *distinct.* 50. Perinde ut absolutus per in integrum restitutionem famoso judicio, infamia eximitur. *l.* 1. *c. de sentent. pass. et restit.*

§. 4. Quoniam de illis sermonem suscepi, quorum suspecta fides est ac cura salutis, praetermittendos non puto judaeos, litibus in foris nostris implicitos, ut ad jusjurandum non raro confugere debeant. Hinc supervacanea non erit disceptatio, utrum, si post acceptationem et oblationem sui ad jurandum moriatur judaeus, mors ejus pro praestito aestimanda sit? Ne vero longior sim, quam instituti ratio patitur, singula taceo, quae Svarez *de juramento l.* 2. *c.* 5. *n.* 6. *et* 7. Joh. del Castillo *in tr. de juramento disp.* 1.

n. 14. Lessius *de jure et justitia l.* 2. *c.* 12. *dub.* 1. aliique de veritate jurisjurandi judaici paulo latius disserunt. Cum nihil arrideat, istorum vestigia premere, qui ad jusjurandum suppletorium controversiam hanc adplicantes, id sedulo agunt, quo distinguant inter litem, quae judaeo cum christiano, et inter eam, quae cum alio judaeo ipsi intercedit. In priori casu negant, tale juramentum judaeo deferri posse: quia fungitur vice testis. Judaei autem tamquam viles et sublestae fidei homines contra christianos testimonium regulariter perhibere non possunt, *l.* 21. *c. de haeret.* Quid obtineat, si uterque litigatorum orthodoxus existens, testem producant judaeum, colligendum est ex *nov.* 45. *c.* 1. Miror itaque Marquardum de Susannis *in tr. de judaeis c.* 5. *n.* 17. qui judaeorum libris vim probandi contra christianos tribuit, nisi hoc intelligi cupiat vel de privilegio principis, quo judaeorum libris aut aliorum mercatorum semiplena fides tribuitur, vel de christianis judaicam pravitatem exercentibus: quoniam hujus famae homines nomine christianorum indigni, judaeos contra se in testimonium productos repellere nequeunt. Deinde constat inter omnes, quod judaei christianos persequantur. Cujus habita ratione, quam maxime removentur a testimonio. Neque enim possunt erga homines fideles esse, qui Deo existunt infidi *c. non potest* 24. *c.* 2. *q.* 7. Denique non contemnenda est in praesenti negotio Marquardi de Susannis ratio *in tr. de judaeis c.* 5. *n.* 11. ideo rejicientis judaeos, quia cum sint in superstitione reprobata, semper in delicto versentur: licet non in foro soli, tamen in eo, quod poli esse dicitur: ergo praesumptionem salutis, secundum quam mors jurisjurandi vim obtinere debet, prorsus extinguunt. conf. d. Theodoricus *de statu judaeorum c.* 6. D. Spekhannii *ab Hahnio edita* juden ordnung *th.* 16. D. Ziegler *in diss. de juribus judaeorum c.* 5. §. 16. Surdus *in conclus.* 122. *n.* 35. Reliquum est, ut de posteriori casu agam, cum inter judaeos ipsos lis vertitur, quin tunc suppletorium juramentum recte deferri possit judaeo, his probare satagunt, quia odium, quod fovent contra christianos, cessat, et quia haereticus contra haereticum testari potest *l.* 21. *c. de haeret.* Ideoque si mortem pro jurejurando praestito acceptare alter judaeorum velit, nemo erit, qui repugnaret. Maxime, quod uti Grotius e Philone ostendit *l.* 2. *de j. b. et p. c.* 20. §. 47. Religio sua cuique videtur optima, et addere mihi liceat, salutis patrona. De paganis, haereticis, aliisve uberius tractare non puto necessarium, quoniam ex iis, quae jam dicta sunt facilis erit decisio. vid. ill. dn. Coccejus *in tr. de jure circa haereticos* et excell. dn. Thomasius *de crimine haereseos ac jure principis circa haereticos.*

§. 5. Ad juramentum, quod ex qualitate personae juraturae suppleri nequit, morte ejus anticipata, quam maxime spectat jusjurandum, quod a procuratore in animam principalis praestandum est. Etsi enim quodlibet juramentum ex parte jurantis personale est, id quod ex professo tradit Joh. del Castillo *in disp.* 3. *de juramento n.* 438. *et seq.* nihilominus alterum pro altero ejus praestationem suscipere et sic procuratorem in animam principalis sui jurare posse satis commonstrant Ulpianus *in l.* 9. §. 6. et Pomponius *in l. fin.* §. 2. *ff. de jurejur.* cui vero expediendo mandatum speciale praemittatur, nec isle negotium committatur, quod praesentiam jurantis desiderat. Sic principalis in propria persona jurare utique tenetur, si causa ei notior sit. Eugenius *in cap.* 3. *x. de jurejur. calumn.* Unde in jurata diffessione tantum principalis admittitur, Finckelthaus *in observ.* 110. *n.* 27. Item si res ipsa magni sit momenti, de qua Puffendorffius consulatur *in lib.* 4. *de j. n. g. et c.* 2. §. 16. Immo si judex ex principalis vultus pallore, consternatione, titubatione ac inconstantia sermonis indicia quaedam se sumere posse credat. *l.* 10. §. *penult. ff. de quaest.* Plures casus enumerat B. Zieglerus *ad Lancellot. instit. l.* 3. *tit.* 1. §. 13. Quemadmodum vero in his procurator ad jurandum admitti non debet, ita multominus mors procuratoris, licet speciali mandato instructi, potest in praestiti juramenti locum surrogari, quia maximi praejudicii actus est, et sanctissimae obligationis: adeo, ut principalis expresse voluerit intervenientibus procuratoris sui verbis juramentum praestare atque se obligare. conf. ea quae in simili fere negotio de internuncio promissionis docet Puffend. *de j. n. g. l.* 3. *c.* 9. §. 3. Accedit, quod fictio fictionis dari non possit, si ex eodem fonte utraque deducatur et ad eumdem scopum tendat. Martin. Schickardus *in logica jurisd. loc.* 23. *reg.* 1. *n.* 3. Joh a Reberteria *in top. legal. c.* 1. Quocirca procuratore mortuo in ipsum principalem obligatio ad praestandum juramentum restituitur. Cum alias notum sit, procuratorem in principalis animam jurasse, pro eo autem in gehennam non descendere. Ex formula id patet, quo procuratores juraturi utuntur: *Ich Sempronius als gevollmaechtiger Mevii, schwere und gelobe in dessen Gewissen und Seele etc. so wahr ihm Gott helffe.*

§. 6. Manifestae nunc veritatis esse arbitror, quarum personarum mors vim jurisjurandi non habeat. Superest, ut altera etiam causa probe inspiciatur, secundum quam ex qualitate istius juramenti mors istud supplere nequit. Talis in juramento conventionali et testimoniali deprehenditur. Equidem juramentum conventionale est, quod ex pacto per modum transactionis a parte parti extra judicium defertur. Paulus *in l.* 2. *et l.* 17. *ff. de jurejur.* Sicut autem a libera voluntate ejus delatio proficiscitur, ita etiam a parte adversa pari libertate praestatur, aut impune recusatur. Jeremias Setser *in tr. de juramentis l.* 4. *c.* 1. §. 9. et Franzkius *ad ff. h. t. n.* 86. Cum enim deferens juramentum probationi suae diffidit, condemnationem metuit, aut alias desperat de litis victoria, quasi extremum hoc remedium eligit, ut creditoris vel debitoris conscientiae relinquat, quomodo ille velit rem fateri vel diffiteri. Qua vero conditione delatum fuit, eadem praestandum est. Hinc si juratum non est, pro jurato non habetur. Id quod accidit, si mortis eventu aliquis impediatur, etiamsi jurare maxime voluerit, mors tamen ejus pro juramento non reputatur; quia praecise juratum esse oportuit, et hoc quidem statim se in continenti faciendum. Eleganter Ulpianus *in l.* 5. §. *f. ff. de jurejur. Si neque juratum est, neque eo remissum jusjurandum, pro eo debet haberi, atque si res in jusjurandum admissa non esset*: ac paucis interjectis dedit rationem, *quia ex eo, quod delatum est, juratum non est. vid.* Menochius *cons.* 217. *num.* 10. B. Brunnemannus *in comment. ff. ad*

ad hanc l. Bechmann *in usu ff. practico vol.* 1. *p.* 2. *n.* 11.

§. 7. Aliud se jusjurandum sistit, videlicet testimoniale, cujus vim mors subsequens explere nequit. Saepe contigit, ut morti vicini in perpetuam rei memoriam testimonium perhibere a judice jubeantur. Quo impendente rerum statu providus ac circumspectus esse debet Judex, an moribundus adhuc sanae mentis sit, qui tamquam testis produci queat. Nam morientem examinari posse in testem nunquam prohibetur *l.* 1. *pr. ff. de test.* Deinde a factione testamenti ad testimonii dictionem ducit argumentum Gailius *l.* 1. *o.* 102. *n.* 14. ac variis responsis tam ex facultate Lipsiensi, quam Jenensi collectis illustrat, b. dn. D. Bechmann in usu ff. practico *exercit.* 7. *o.* 9. *n.* 41. ac tandem infert, morientem a parte inferiori *von unten auff*, etsi frigescat, jure posse testamentum condere, et consequenter testimonium dicere. Verum, ne a scopo abeam longius, dubitationis meae ansam indicabo. Non de testis habilitate, sed de quadam solemnitate ante testimonii dictionem observanda maxime certatur. Aliquoties enim in dissertatione a me repetitum est, mortem ipsam per se juramenti loco valere. Hinc animi pendeo, sitne mors testis, qui injuratus prae celeritate examinantis judicis ad perpetuam rei memoriam testimonium suum dixit, instar istius jurisjurandi, quod communiter examini testium praemittitur, acceptanda nec ne? Et quoniam ejus distinctionis redit memoria, cum jusjurandum vel ad negotii substantiam, vel ad meliorem ejus probationem, confirmationem et securitatem adhiberi, satis superque *in cap. praeced.* traderem. Quare Jctorum illorum merito amplector sententiam, negantium, mortem testis aequiparandam esse ejus juramento pro forma testimonii praecise et absolute requisito. Constantinus *in l. jusjurandum* 9. *c. de test.* jurisjurandi religione testes, priusquam perhibeant testimonium, jam dudum arctari praecepit. Conferantur b. dn. Brunnemann. *comment. ad dict. l. et ad l.* 6. *c. de probat* Lanfrancus de Oriano *in tr. de testibus n.* 4. Glossa *in l.* 4. *ff. de fals.* Ubi non testimonium, sed verba tantum facere dicitur testis injuratus, ex quibus non possit de falso accusari. Ipse etiam pontifex Honorius III. *in cap. nupersi. x. de testib.* prohibuit, ne ullius testimonio quantumcumque religiosus existat, nisi juratus deposuerit, in alterius praejudicium credi debeat. Neque ratio deest, quae idem demonstrat: quia jusjurandum in teste introductum est favore partium, contra quem in contrarium nihil propemodum constitui vel concedi potest, quia sic ipsis testibus praestaretur occasio delinquendi. vid. excell. dn. Schwendendörfferus *ad process. fibig. p.* 2. *c.* 2. *n.* 2. *sect.* 1. §. 4. *reg.* 12. Carpzov. *p.* 1. *c.* 16. *def.* 32. Martini *ad o. p. s. tit.* 20. §. 3. *n.* 24. Propterea tamen D. Bachovio *in volum.* 2. *ad Treutl. disp.* 5. *th.* 6. et Puffendorffio *de j. n. et g. l.* 5. *c.* 8. §. 9. haudquaquam adsentior, qui juramenti hujus necessitatem ab ipso jure naturali deducunt. Multa enim negotia huic juri perperam accensentur, quae si propius adspiciantur, non alia, nisi juris positivi commenta sunt, uti Hugo Grotius vocat, adeoque a principe, quem nulla juris civilis communio tenet, abrogari et mutari possunt, uti praeter hoc jusjurandum testimoniale, de testamentis, usucapionibus, successionibus ab intestato aliisque suo tempore demonstrandum erit. Magis itaque placet consilium, quod dn. Praeses *in disp. de effatis agonizantium c.* 5. *n.* 6. dedit, cujus integra verba adscribere, non erit fastidio illis, qui intelligent, istud adprime rei meae inservire. *existimarem*, inquit, *hoc casu optime conscientiae suae consulere judicem, si partem contra quam in testem moribundus producitur, admoneat sedulo, ut juramentum huic remittat, cum non verisimile sit, praesertim si alioquin homo bonae existimationis, ac religiosus, ipsum in hoc negotio propter mendacium quod metuitur, animae periculum scienter et ex προαιρεσει incursurum. Si vero pars ita ad monita remittere nolit, ipsum quoque agonizantem putarem admonendum, ne aegre ferat hanc juramenti praestationem, sed eamdem perinde existimet, si juste juret, ac si preces ad Deum veritatis vindicem fundat.*

§. 8. Ex quibus sequitur, statuto aut etiam consuetudine effici posse, ut testi sine juramento deponenti cumprimis vero pio et agonizanti credatur, non impediente Mevii dissensu *in comment. ad jus lubec. lib.* 5. *tit.* 7. *art.* 11. quin expressis verbis ad propositum casum ipse extendit *l. c. art.* 12. *n.* 2. Etenim, quod pace tanti doctoris dictum sit, multos produci testes vel ipso jure vel pacto a tali jurejurando liberos in testimonii dictione exploratum est. Sic principem, sciunt omnes, in testem productum testimoniali jurejur. non teneri. Maxime autem si in causis civilibus inter subditos suos de his quae viderit, vel alias ipsi notoria sint, fert testimonium, Julius Clarus *sent. l.* 5. §. *fin. q.* 53. *n.* 21. Gabriel *in tr. de probat. lib.* 1. *conclus.* 2. *n.* 32. Mascardus *de probat. lib.* 1. *conclus.* 139. *n.* 15. Mynsinger *cent.* 5. *o.* 34. Myler ab *Ehrenbach in nomolog cap.* 7. *th.* 5. Neque obscura est ratio, quam ex praesumpta principis infallibilitate deduco cum excell. dn. Becmanno *in conspect. morali cap.* 4. *p.* 40. ac suffragante Schrad. *in p.* 2. *de feudis sect.* 12. *n.* 19. statuo, principem pro se habere maximam virtutis ac integritatis praesumptionem. Durum vero, nedum turpe erit ac principis existimatione plane indignum, si subditus principis fidem et candorem in dubium vocare possit. Similiter longa judiciorum consuetudine in regno Bohemiae, archiducatu Austriae et electoratu Bavariae introductum esse Gailius adnotavit 1. *o.* 10. *n.* 21. *et* 22. *o.* 101. *n.* 14. Hunnius *in encyclopaed. pr.* 2. *tit.* 19. *c.* 4. ut illustres personae sine jurejurando deponant testimonium per scripturam, propria manu subscriptam et sigillatam. Cujus rei haec ratio datur: quia generosae fidei interpositio juramento comparatur, et praesumptionem fraudis, subornationis et perjurii excludit Gailius 2. *o.* 59. *n.* 1. B. Brunnem. *in process. civ. c.* 20. *n.* 25. in Suecia apud Proceres idem receptum esse, ibi testatur. Et consuetudine, quae Venetiis servatur, jam olim hoc obtinuisse, probat Celsus Hugo Dissutus *in addict. ad practic. Lanfranci cap.* 8. *de testib. n.* 5. Vid. excell. dn. D. Zolk *disp. de generosa fide*. Porro et ista non negligenda est traditio fori, ut ipse testis depositionem suam in absentia judicis in scripturam redigat, eamque postea judici transmissam coram ipso judice denuo legat, ac pro testimonio suo expresse recognoscat, quam probat Beustius *ad rubr. de jurejur. n.* 45. Bocerus *class.*

disp. 29. th. 99. Barbos. in l. Theocompus 14. ff. de dot. praelg. n. 12. Baldus ad l. 9. c. de test. Ne vero solis doctorum testimoniis fretus, de abrogatione juramenti testimonialis egisse videar, rationes ex principiis juris nostri desumptas, eas adjungo. Quod enim pacto remitti potest hoc juramentum testi, Coelestinus III. *in cap. tuis quaestionibus. 39. x. de testib. et l. 29. c. de pactis.* Carpzov. *p. 1. dec. 11. n. 21. p. 3. d. 234.* Vennius *ad proc. disp. 16. th. 9. n. 62.* Martini *ad c. p. c. tit. 20. §. 3. n. 108.* quid officit, quo minus statuto aut consuetudine contraria abrogetur. Quod enim licet pacto, idem et statuto fieri permittitur *l. non impossibile. 50. c. de pact.* ex qua H. interpretes argumentum investigant, quod a pacto ad statutum concludi possit. Deinde in praecedentibus dixi, jurisjurandi testimonialis necessitatem a lege positiva tantum introductam esse. Cur itaque contraria lege, statuto aut consuetudine tolli nequeat, nullam causam video. Deferam iis sunt omnes, qui summum principem non habere potestatem remittendi juramenti testibus, hinc que talem attribuendi fidem, ac si jurassent, Petrus Antonius de Petra *de principum potestate c. 18. n. 99.* Menochius *in c. j. q. cos. 26. n. 4.* Denique commemoratione dignissimum est, quod dn. Praeses *in colleg. inst. jurisprud. mosaicae c. 18. §. 5.* praeclare docuit, quod nusquam jus mosaicum juramenti testium mentionem faciat, et eo gravius puniverit falsum testimonium perhibentes, scilicet poena talionis *Deut. XIX. 18.* quod imitari omnino convenit principi, a cujus voluntate non in origine tantum, sed et in duratione leges positivae dependent. Inprimis quia lex mosaica est legum omnium exemplar perfectissimum. Hugo Grotius *de j. b. et p. lib. 2. c. 20. §. 38. n. 1.* Praeterea in ff. nec vola nec vestigium ejus juramenti occurrit, ut credibile sit, a Constantino m. introductum esse, prout vel ipsa inscriptio hanc conjecturam mihi suppeditat, cum eo imperante et connivente, sensim mores christianorum corrumpi coeperint. Notatu digna sunt, quae de illis memoriae prodidit dn. Arnold. in egregio libro *von wahrer Abbildung der ersten Christen im Glauben und Leben p. 2. l. 5. cap. 6. §. 7. seqq.* ubi ex Clemente praecipue refert, christianos in primitiva ecclesia ad 100. usque annos a jurejurando prorsus se abstinuisse. *Sie haben*, inquit, *nicht allein unter sich selbst keinen Eydschwur zugelassen, weil sie ein ander schon ohne demselbigen trauten, noch auch gegen die unglaubigen, weil sie durch ihren gerechten Wandel auch so viel Credit bey ihnen zu erlangen suchten.* Et alibi cum contra dn. Cave modo allegatum tempus demonstrat *l. c. §. 8.* Atque ita hoc argumentum, quod mortem loco juriejurandi exhibuit, finio. Quodsi in ejus elaboratione quaedam pro materiae ubertate neglecta, aut pro ingenii mei tenuitate parum exculta deprehenduntur, cuivisibet admonitioni libenter cedam, probe gnarus ejus sententiae, qua Leo imperator *nov. 39.* viribus suis diffisos erigit: *mortalium neminem eam ad absolutionem pervenire, ut non obnoxie aliquando res suas gerat, neque prudentiae suae fidentes omnia irreprehensibiliter agere, sinere Deum.* Cui nunc pro absoluto hoc labore sit laus, honor et gloria!

DISPUTATIO QUINTA
DE NEGOTIIS CAPITULATIONE CAESAR. ANNULLATIS,

D. SEPTEMBR. MDCCIII.

RESPONDENTE

JOHAN. FRANCISC. BERNDES, WOLFENBUTTENS.

INGRESSUS.

De potestate imperatoris disputare, ad sacrilegii crimen jure nostro relatum legimus in *l. 3. c. de crimin. sacrileg.* Etenim prono ubivis obsequio majestatem imperatoriam venerare cuivis bonae mentis subdito incumbit: quod non tantum naturae gentiumque jura abunde docent, verum et sacrarum literarum monumenta, non nisi obsequii gloriam commendant civibus, quam apostolus a quovis desiderat erga gentilem quoque magistratum, quibus primi christianorum suberant. Quapropter culpa vacare non videor, quod in praesenti disputatione non tantum de potestate superiorum egerim, sed et actus

eorum ad nullitatum classem quandoque revocaverim. Aut veniam merebor facile a b. l. si perpenderit, dignam majestate imperantis vocem esse, legibus se alligatum principem profiteri, cum ex auctoritate juris imperatoris etiam dependeat auctoritas, et revera majus imperio sit submittere legibus principatum; quae sententia non hujus aevi caesarum est, sed a multis jam seculis ab impp. optimis Theodosio et Valentiniano prolata *in l. 4. c. d. ll.* qui tamen imperii fasces sine ulla pactione, seu ut hodie dicimus, capitulatione susceperunt, et libertinum, quod ita nacti erant, imperandi arbitrium, laudatissimo posterisque imitando exemplo sponte temperarunt, quo regis ab exemplo eo facilius ad obsequium componeretur orbis. Postquam vero romani imperii deous ad Germanos devolutum, non rigidiore jure majestatem suam exercere voluerunt imperantes, sed potius ea ingenio suo Germano, libertatis amantissimo, reliquorum statuum civiumque illam habuerunt rationem, ne omni libertate exuti, caeco quodam obsequio ad imperantium jussa exequenda adstringerentur, sed potius Germaniae proceres in societatem consiliorum negotiorumque publicorum adsciscerentur, ut maturiore deliberatione cum his instituta, saluti publicae eo melius consuleretur. Hoc vero vinculum inter imperatorem et statua ut eo sanctius conservaretur, conventionibus mutuis ratio administrandi imperium ita confirmata est, ut si ab illa cynosura discedatur, nullitatis vitio exponatur, quicquid contra gestum fuerit. Equidem infra dignitatem negotiorum publicorum esse videbatur, ad nullitatis sortem referre, quicquid a summo imperii capite gestum fuerit, nam et privati judices ferre solent aegerrime, si per sententiam illorum laesi, nullitatis querelam instituant: verum cum in ipsa capitulatione caesarea subinde recurrat nullitatis expressio, cujus exempla in praesenti disputatione adducta; imo quandoque facultas non parendi statibus expresse indulgeatur, si quid capitulationi contrarium mandatum fuerit, uti vel ex capitulat. Leopoldi *artic.* 18. *in fin.* perspicuum est. Hinc nec nullitatis appellatio dignitati et eminentiae imperatoriae quicquam detrahit, cum ipse imperator jam tum in hoc consenserit, quod nulla esse debeant, quae secus quam cum electoribus totius imperii nomine conventum, gesta et expedita fuerint. Quare nemo me laesae venerationis caesareae reum pronunciabit, qui cum legibus, ipso volente et sub jurisjurandi religione consentiente, loquitur, et justitiam negotiorum publicorum modeste examinat. Nam et olim superius laudati impp. Theodosius et Valentinianus omnibus judicibus imperabant, ut mandata caesarea contra jus elicita refutarent, in *l. 7. c. de precib. imper. offer.* Quod idem quoque Anastasius imperator severe mandavit in *l. fin. c. si contra jus.* Hac fiducia fretus veniam mihi polliceor, quod inscriptionem meae dissertationis, quae mihi pro more in academiis recepto ad consequendos summos in jurisprudentia honores habenda fuit, ita conceperim. Quodsi aliquid de illustri hac materia minus convenienter a me scriptum fuerit, hoc nec scriptum nec dictum volo. Deum vero o. m. supplex imploro, ut in turbido hoc statu, quo proh dolor! hodie laborat imperium, ubique optimi caesaris floreant arme, quo debellatis exteris domesticisque hostibus, inconcussum stet diadema imperiale et vindicata feliciter Hispania, pax ex voto reddatur Europae.

CAPUT I.

De natura et indole negotiorum capitulationibus annullatorum.

SUMMARIA.

In Germania nunquam imperium absolutum fuit. §. 1.

Origo capitulationum vetusta. §. 2.

Publicistarum discordia circa originem capitulationum. §. 3.

Temperamentum circa dissensiones de origine capitulationum. Capitulationes primordiales ex paucis constabant capitibus §. 4.

Augmentum accepere capitulationes cum statu imperii mutato. An Maximiliano I. solemnis capitulatio praescripta fuerit? §. 5.

Initium solemnium scriptarum capitulationum sub Carolo V. fuit. Inconcinne capitulatio per legem regiam describitur. §. 6.

Capitulatio an per modum legis an vero pacti condita sit? §. 7.

An capitulatio haec cum majestate imperatoris constare possit? Reinkingii error, ac si per capitulationem majestas caesaris augeatur, notatur. §. 8.

An capitulatio tantummodo plenitudini potestatis imperatoriae nocet? aff. Limnaeus, cujus rationes. §. 9.

Rechelii dubia contra hanc sententiam Limnaei, Strauchii et sequacium. §. 10.

Rechelii opinio, quod capitulationes caesareae formam imperii irregularem faciant. §. 11.

Temperamentum circa doctrinam de majestate imperii. Distinctio in majestatem realem et personalem rejicitur. A Monarchomachis pessimo consilio illa inventa est. §. 12.

Indoles et differentia clausulae commissoriae et annullatoriae. Clausulae annullatoriae natura. §. 13.

An imperator ob non servatum capitulationem deponi possit? Rachelii inconsiderata quaestionis decisio notatur. Exempla depositionis imperatorum. Nostra opinio de depositione imperatoris. §. 14.

De tempore necessitatis aliquid alteri ponam nullitatis imperator possit contra capitulationem agere? §. 15.

Imperator suo ob necessitatem seu ob alium casum pacta et conventa in capitulat. transire debet. §. 16.

Ulterius hoc confirmatur rationibus. Exemplis contrarientium non probat. §. 17.

An propterea imperator strictae capitulationi inhaerere necesse haud habeat, quia ultimae capitulationes per principes ob causarum suarum non adhibitum annullatae sunt? §. 18.

Diversa indoles negotiorum per capitulationes annullatorum. §. 19.

Quare in posterioribus capitulationibus saltem nonnulli articuli clausula annullatoria muniti sint? Differentia articulorum cum et sine annullatione, qua in re consistat. §. 20.

Limitatur assertum, quod omnia negotia ab imperatore contra capitulationem suscepta sint ipso jure nulla, expenditur. §. 21.

Per quos declaratio nullitatis actuum contra capitul. fieri debeat? Directorium et ducum circulorum officium hoc casu. §. 22.

§. 1. Germani per omnem seculorum memoriam ea laude affiguntur in annalibus Romanorum, ipsorum eo tempore hostium, quod in tantum libertatis amantissimi fuerint, in quantum exhorruerint servitutem et imperia dehpotica aliorum populorum. Hinc prudentissimo historicorum romanorum Cornelio Tacito *de moribus Germaniae cap. 7.* teste, *regibus Germanorum non infinita aut libera potestas concessa fuit: et duces exemplo potius, quam imperio, si prompti, si conspicui, si ante aciem agant, admiratione prosuerunt.* Imo de ipsis in universum fere asseri potuit id, quod Ambiorix Eburonum gentis Germaniae Cis-Rhenanae rex libere apud Caesarem *de bello gallico lib. 5.* profitetur: *sua esse imperia ejusmodi, ut non minus in se haberet juris multitudo, quam ipse in multitudinem.* Sane odiosa modo laudatus Historicus *lib. 14. annal.* postquam memorasset Frisios a *Verrito et Malorige* regi, adjicit more suo succincto: *in quantum Germani regnantur.* Qui et alio loco non praeter rem judicat, quod Arsacis sive Partherum eo tempore florentissima potentia, nunquam monarchiae romanae tam periculosa fuerit, quam acris Germanorum libertas tanta fortitudine defensa ab Arminio, Civili aliisque *de moribus Germ. c. 37.* De quo flagranti desiderio libertatis Germanorum non inepte etiam cecinit vatum romanorum haud postremus Lucanus: *libertas ultra Thanaim, Rhenumque recessit, Germanum scythicumque bonum.*

§. 2. Ex hoc communi libertatis studio populorum germanicorum origo nostrarum capitulationum jam ab eo tempore, quo Germania in unam coaluit rempublicam, derivanda esse videtur. A qua sententia non multum etiam recedunt jurium et consuetudinum Germaniae publicorum peritissimi viri illustr. dn. Coccejus *jur. publ. cap. 8. §. 8,* Capitulationis usum semper floruisse inter Germaniae reges procres, contendit, nixus testimoniis Lehmanni *in chron. spirens. lib. 2. c. 4.* Perlik dn. Rhetius *instit. jur. publ. lib. 1. tit. 4. §. 38.* easdem capitulationes natum cum electione ipsa coepisse arbitratur, h. e. cum ipso imperio Carolingorum, quippe sub quibus jam tum in Germania vel electio imperatorum et regum fuit stabilita, cui docte contendunt Francisc. Hottomannus *in Franco Gallia* et Lehmannus *chron. spirens. lib. 2. c. 3. et lib. 5. c. 17.* vel judice Conringio *in dissert. de elector. §. 4. seqq.* ex hacreditaria successione et libera electione mista constituendorum regum ratio, cui suffragantur h. dn. Ericus Mauritius *dissert. de orig. elector. §. 1.* conf. Rachelius *dissert. de capitul. cap. 2. §. 5.* Elegans de hac re locus apud Melchior. Goldastum *in dedic. coll. 3. constitut. imper.* deprehenditur, ubi putat, quod regibus apud Teutones infinita aut absoluta potestas nunquam fuerit, sed certis limitibus ac legibus circumscripta.

§. 3 Quamquam itaque non conveniat inter juris publici doctores, cui ex imperatoribus vel regibus Germaniae primo ejusmodi pacta vel conventiones adscribendae sint, quae postea nomine capitulationum innotuere; dum alii cum Lehmanno *chron. spirens. lib. 2. c. 4. Carolum Calvum*; nonnulli cum Trumaeo *jur. publ. vol. 4. Carpzov. ad l. reg. c. 1. n. 18.* Conradum; vicissim alii cum Hortledero apud Goldastum *polit. imp. part. 12. discurs. 2.* Henricum IV. assignant; haud pauci cum Ludovico Arnolphi F. natam primam capitulationem contendant. Vid. Spreng. *jurisprud. publ. p. 127.* Verior tamen et cum antiquis monumentis annalium patriae magis conspirans opinio videtur, quod capitulationum origo imperio germanico coeva sit. Quo et ipse Goldastus collimare videtur, dum a proceribus et populo Carolum M. certis pactis obligatum fuisse circa regimen imperii contendit. Cujus sententiam docte etiam tuetur Ericus Mauritius *in annot. ad capitul. Leopold. in prolegom.*

§. 4. Videntur interim hi discordantes auctores in harmoniam quamdam redigi posse, si prima origo cum diversis incrementis capitulationum et pactorum non confundatur. Deduxit pluribus dn. Schilterus *instit. jur. publ. lib. 1. tit. 18.* ex capitularibus Francorum, fuisse perpetuati moris apud Francos, ut procerum communi suffragio successoris modus definiretur, ac regendi jus temperaretur. Illa conventio circa dubium per Carolum m. et proceres utriusque Franciae initia fuit. conf. Mauritius *loc. cit.* Lehmann. *chron. spirens. lib. 2. cap. 4.* Illud interim fatemur lubentes, primas capitulationes imperatorum Carolingarum, paucis capitibus fuisse absolutas, scilicet de colendo Deo vero, et defendenda ecclesia, de administranda justitia et de servandis legibus fundamentalibus. Dn. a Rhez *j. p. l. 1. tit. 4. §. 38.* Nimirum simplicioribus illis temporibus contenti proceres erant generalibus regum promissis, de servando jure et libertate nec non consuetudine imperii. Atque haec capita juramento ab ipsis confirmabantur. Quo pertinet testimonium spe-

culi saxonici vetustatem illorum temporum attingentis, vid. Fabric. *rerum memorab. saxon. lib. 1. art.* 181. quando *lib. 3. art.* 54. hanc morem ita exprimit: *Als man den König wehlet, so soll er dem Reiche Hulde thun, und schweren; dass Er die Wahrheit sagen will, und alles Unrecht brechen, und dass er des Reichs Gerechtigkeit beschirmen wolle, als ihm Er könne oder möge.* Nec sane Carolum m. absolute in Germania regnasse inter alia indicio est, quod testamentum suum ordinibus ad approbandum obtulerit, ac subscribi ab iis curaverit dn. Schurtfleisch *de division. imper. Carolin. th.* 10. Cujus testamenti tenor adductus est a dn. Praeside *in tract. de cautelis testament. append. num.* 1. Proceres *suos adjutores in communi regimine* vocat. Postea, diviso imperio inter Ludovici Pii filios, *in pactione confluentia articulus* 10. velut capitulationem: generalem ac perpetuam, et ad successores ipso jure, etiamsi non semper expresse, transmissam continet, quippe qua obligavit se Ludovicus ordinibus regni; *quod illorum communi consilio assensum praebere, veluti adjutorum et cooperatorum suorum velit.* add. dn. Schilter. *loc. cit.*

§. 5. Successu temporis invalescentibus procerum viribus, hisce capitulis plura fuere superaddita, inprimis stirpe Carolingorum extincta sub Conrado I. add. Conring. *annot. ad lampad. part.* 3. *c.* 2. §. 1. qui ibidem eleganter observat ex Brunone *de bello saxon.* cum Rudolpho Svevo novam aliquam et hactenus insolitam fuisse factam conventionem de refutatione omnis successionis haereditariae. Nimirum proceres occasione usos potentiam suam stabiliendi, plura novaque sibi stipulatos esse jura, quis indoctis communis humani generis adeo ignarus qui hoc infitiabitur? conf. dn. Textor *de rat. stat. Germ. cap.* 18. Utut vero praeter hasce aliarum conventionum inter imperatores et proceres scriptarum exempla usque ad Carolum V. non extent; attamen regerit Limnaeus *annot. ad capitul. prolegom. spec.* 8. *n.* 26. posse plura latere in Archivo imperii, quod sub cura electoris Moguntini continetur, quae nobis incognita, nec hucusque unquam publicata. Inter quae et capitulationem *Caroli IV.* referendam esse, existimat. equidem Goldastus *part.* 1. *der Reichs Satzungen p.* 240. excerpta capitulationis *Maximiliano I.* praescriptae adducit; sed recte miratur Limnaeus *loc. cit. n.* 11. cur Goldastus, si eam habuerit; nullibi in forma probante protulerit, ipsiusque credulitatem in digno credendis authenticis instrumentis ac diplomatibus non citra rem incusat. Quae vero *in apparat. jur. publ. argentorati ed. part.* 1 *p.* 27. lucem aspexit *capitulatio Ruperti* dumtaxat conventio est cum electoribus ecclesiasticis inita pauca ad negotia tutius imperii pertinentia continens.

§. 6. Itaque clarior et certior usus scriptarum capitulationum semet exseruit tempore instantis electionis Caroli V. Hucusque expressis et prolixis conventionibus, judice Monzambano *de stat. imp. sap.* 8. §. et Rachelio *diss. de capitulat. cap.* 8. §. 1. propterea electores adstringere volebant, quo circumscriberentur juveniles, altique spiritus, quos symbolum ipsius: *plus ultra*, satis arguebant, et ne potentia viribus Hispaniarum et Indiarum nixa abuteretur jure ordinum infringendi, ac denique ut nosset, alio sibi modo gubernandam esse Germaniam, quam reliquas ditiones. Ab hoc itaque tempore incipit periodus solemnium et literis consignatarum capitulationum, quae postea ad omnes ejus successores transierunt. Nam semel receptum institutum, etsi forsitan postea hae rationes cessarent, retinere visum, ne largiorem potestatem sibi indultam crederent successores. Imo cum successu temporis plura negotia publica hoc modo decidenda occurrerent, crevit paulatim materia capitulationum, adeo ut non inelegenter Iconicus *colleg. jur. publ. eriz.* 5. pronunciet, cum capitulationibus esse rem habere uti, cum allodione. Quo propterea commodo possint describi, quod sint pacta inter designatum imperatorem sive regem Romanorum et electores nomine totius imperii inita modum regiminis imperii et statuum jura concernentia, add. Rachel. *diss. de capital. cap.* 1. §. 11. Du. Schweder *inst. jur. publ. part. gener. cap.* 2. §. 10. Equidem Carpzovius *in comm. ad l. reg. Germ. sect. IV.* Franc. Iconicus *in colleg. jur. publ. in discurs.* And. Burgold. *sup. instr. pac. ad part.* 3. *disc.* 5. et Schützius *colleg. jur. publ. vol.* 1. *disp.* 4. *th.* 4. malunt capitulationes *per legem germanorum regiam* definire. Vetum puto sufficientes rationes adesse, horum vestigiis hoc passu negligere, cum vetus lex regia Romanorum (si modo, quod hanc in medio relinquimus illa unquam lata, quod scriter negat Schopkius *peculiract. de figmento leg. regiae*) imperatoribus omnimodam potestatem largiebatur; capitulationibus vero potestas imperatorum valde arctis limitibus circumscribitur. conf. dn. Schweder. *instit. jur. publ. part. gener. cap.* 2. §. 10. Ut vel exinde inconvenientia satis pateat, dum vocabulum *legis regiae*, quae olim absolutam monarchiam indigitabat, inverso sensu potestatem arctius limitibus inclusam exprimere eamque delineare eligitur. vid. Strauch. *diss. Exoteric. IV.* §. 10. Boecler. *instit. polit. l.* 3. *c.* 8.

§. 7. Quamquam autem Lampadius *part.* 8. *c.* 2. *n.* 12. Burgoldensis *part.* 3. *disc.* 6. *th.* 2. Capitulationes caesareas per legem describant, eorumque opinio tolerari possit, si vocabulum legis non stricte denotet jussum superioris; sed certum nonnam et regulam circa administrationem, uno verbo, *legem fundamentalem*, ceu etiam vocantur capitulationes in responso electorum *anno* 1623. ad cuiusdam propositionem apud Londorpium *actorum publ. tom.* 2. *lib.* 6. *cap.* 52. Nihilominus tamen convenientius esse existimamus, cum ipsis legibus hoc casu loqui, quippe quae clare innuunt, quod per modum pacti conditae sint capitulationes. Verba finalia prooemii capitulationis leopoldinae ita se habent: *dass wir uns demnach aus freyen gnaedigen Willen, mit denselben unseren lieben Neven. Oheimen und Chur Fürsten, vor sich und saemtliche Stende des Heiligen Römische Reichs Geding und pactsweyse, dieser nachfolgenden Articuln vereiniget, verglichen, angenommen und zugesaget haben etc.* Idem dispositum legitur in capitulatione Josephi *prooem.* nec illud neglectum in antiquioribus capitulationibus a tempore Caroli V. prout uno obtutu perspici hoc potest in dn. Müldeneri *capitulatione harmonica p.* 1. *usque* 14. Propterea non inepte asseri posse videtur, quod fere totum nostrum jus publicum sit *pactitium* h. e. constans ex pactis et conventionibus de negotiis salutem imperii, ejusque administrationem attinentibus inter caput et membra

initia; add. b. dn. Couring. *ad lampad. part.* 3. *cap.* 2. *n.* 12. Stranch. *diss. exoter. 4. th.* 27. Mauritius *diss. de recessib. imper.* §. 32. Quo etiam pertinent verba *recessus de anno* 1500. *Haben Uns mit und gegen einander deshalb in Contracts-Weyse vereiniget, verpflichtet und verschrieben etc.*

§. 8. Propterea tamen nihil decedere putamus valori et firmitati negotiorum publicorum capitulationibus contentorum, licet per modum pacti conditae illae perhibeantur. Nam et quae contra pacta et conventa suscipiuntur ab una parte paciscentium altera invita, illa vel ipso jure naturae ac gentium invalida et nulla esse, nullum dubium est. conf. Huberus *de jure civitat. lib.* 1. *sect.* 3. *cap.* 5. Quae tamen nullitas actuum quomodo intelligenda sit intuitu capitulationum *infra* §. 19. occurret. Hinc cum per capitulationes pleraque negotia imperii publica soli imperatoris dispositioni eximantur, et ad hoc stricte servandum solemni juramento semet obstringere necesse habet, eligendus imperator, acriter inter dd. ventilatus: *an majestas imperatoria in imperio per capitullationem salva evadat; an vero eidem derogetur per haecce pacta publica?* Circa quam quaestionem, conquerente Monzambano *de statu imp. cap.* 5. §. 4. in nonnullis insignem adulandi pruritum; in aliis non mirorem in doctrina civili inscitiam observare licet. Ad priorem pertinet classem Reinkingius subinde ingeminans, capitulationem augere majestatem imperatoris instar legis regiae veteris. Verum quam inconcinne capitulationes Germanicae plane oppositam intentionem habentes cum veterum romanorum lege regia comparentur, in praeced. §. satis demonstratum est. Hinc et Kulpisius *in comment. ad h. l. Monzamb. p.* 72. nullus dubitavit, hanc Reinkingii opinionem ab ipsis rerum argumentis plane abhorrentem obelo transfigere. Nec melius rem tangit actu Lündenspürius *diss. de success. et mutat. imper.* audacter asserens, per capitulationem terminos potestati imperatoriae non poni, sed tantum id agi ne imperii vires per alienationes, oppignorationes et similia flaccescant. Cum tamen vel levis inspectio capitulationum quemvis docere possit, de longe aliis gravioribus negotiis regimen totius corporis attinentibus ibi agi. add. Monzamb. *cit. loc.* E contrario Bodinus, Hippolithus a Lapide aliique nimis imperitos negotiorum imperii publicorum censores semet ostentant, quando ob capitulationes majestatem in persona caesaris plane destructam eunt, dum nudum directorem comitiorum, aut ministrum imperii eum repraesentant, quorum inscitiam merito castigat modo adductus Kulpisius *ad Monzamb. p.* 72. *seq.*

§. 9. Qui autem sobrius circa arduam hanc quaestionem philosophantur, distinguunt cum Limnaeo *jur. publ. lib.* 12. *cap.* 36. inter summitatem et plenitudinem potestatis. Illam non minui capitulatione; bene vero hanc. Amplectitur eamdem Strauchius *diss. exoter. IV.* §. *ult.* quando inquit. *Nos eam* (capitulationem) *summitati imperii derogare negamus, cum superior in imperio imperatore sit nemo; plenitudini autem ejus derogari non negamus, ut optime sentit Limnaeus.* Quibus accedunt Sprenger. *jurisprud. publ. pag.* 155. et auctor *der Grund-Veste des Heil Römischen Reichs. p.* 1. *c.* 1. Nititur vero potissimum Limnaeus *loc. cit.* ex quo caeteri sua hauserunt, auctoritate Grotii *de jure bell. et pac. c.* 3. §. 16. existimantis non desinere imperium, licet is, qui imperaturus est, promittat aliqua subditis, etiam talia, quae ad imperii rationem pertineant. Pro qua sententia porro facit, quod nullus fere in orbe christiano princeps sit, qui non sub certis conditionibus per modum pacti initiis receptus sit ab ordinibus et populo, uti hoc probat exemplo regum Angliae, Galliae, Daniae, Hispaniarum, Hungariae, Sveciae, Poloniae; Limnaeus *ad capital. prolegom. sect. integra* 9. et dignum tanta majestate crediderunt summi etiam imperantes, legibus se alligatos profiteri *l. digna vox 4. c. de ll.* quod plenius deducitur in dn. Praesid. *diss. de foro principum et privator. communi cap.* 1.

§. 10. Veterum non levis est scrupulus, quem contra hanc opinionem injicit Rachelius *diss. de capitul. cap.* 6. §. 7. quod plenitudo potestatis sit ipsa formalis ratio summitatis sive majestatis, et quod propterea non appareat, quo pacto majestas imperatoris salva evadere possit, si ex concessione ipsius Limnaei et sequacium plenitudo imminuatur per capitulationes. Nimirum majestas nihil aliud est, quam complexus sive congeries summorum regalium, quibus ad finem civitatis, communem felicitatem et tranquillitatem opus est. Puffendorf. *de jure nat. et gent. lib.* 7. *cap.* 4. §. 11. Scilicet qui habet jus belli, pacis, foederum, contributionum, legum ferendarum, magistratus constituendi, penes illum est majestas; atque hae partes ita inter se sunt connexae ac illigatae, ut citra diminutionem formae regularis a se invicem divelli non possint, cum majestas una sit et indivisibilis in rep. ceu fusius hoc demonstrat Puffend. *alleg.* §. 11. Hinc cum illa plenitudo potestatis nihil aliud sit, quam exercitium horum jurium regalium, illud vero a Limnaeo imminutum per capitulationes concedatur, eo ipso ipsam Caesaris majestatem imminutam esse, necessario inde sequi. Atque in hanc opinionem descendunt fere omnes, qui mixtum imperii statum dari negant cum Puffendorfio. *alleg. loc. cap.* 8. §. 12. *et diss. de systemat. civitat. disquis. de republ. irregul.*

§. 11. Ipse itaque Rachelius *alleg. loc.* §. 15. nodum hunc Gordium ut solvat, confugit ad hypothesin, quae a plerisque publicistarum rejicitur, interim tamen applausum apud nonnullos invenit. Nimirum putat, ex negotiis per capitulationem Caesaream determinatis satis patere, Germaniam esse corpus irregulare imperii, quod ad systema sociorum inaequali foedere conjunctorum proxime accedat. Imo ipsum celebertimum Couringium huic opinioni fere subscripsisse, haud obscure patet exinde, quando *tr. de pace perpetua int. imper. ordines sect.* 2. *concl.* 17. inquit: *illud perpendendum reliquo, annon principes Germaniae singuli propemodum singulas habeant respublicas, et totum S. imperium non sit fere una respublica; utut multa adhuc habeat communia omnibus.* Neque haec opinio adeo nova est, ut non jam ante aliis in mentem venerit. Certe huc collimare videtur Thuanus, *histor. lib.* 2. ubi post prolixum discursum de germanico imperio, illud tandem cum Amphictyonum consessu Graeciae comparat, et doctiss. Jacobus Gothofredus *in archaic.* perhibet, Archeorum concilio Germaniae comitia similia esse. Notabilis etiam eum in finem locus deprehenditur apud Ulricum Huberum *de jur. civit. lib.* 1. *sect.* 2. *c.* 2. *Qui norunt*, inquit, *rerum moralium naturam ab effecti-

bus aestimari, principesque et civitates Germaniae liberas vident, omnibus fere potestatis juribus independenter a Caesaris arbitrio uti, non dubitant, quin Germania sit corpus foederatum in plures summas potestates distinctum potius, quam una civitas. add. Schilterus *in instit. jur. publ.*

§. 12. Enimvero utut haec hypothesis non destituatur suis defensoribus ac fundamentis; in praesenti tamen ad salvandam majestatem imperatoris eadem haud opus esse videtur. Nam majestas sive summum in civitate imperium consistit quidem in libero exercitio jurium illorum regalium, quibus ad regendam et conservandam rempubl. opus est; sed si exercitium horum jurium est temperatum aut restrictum v. c per capitulationes, tunc non quidem plenitudo potestatis adest, sive imperium illimitatum, absolutum et nullis legibus fundamentalibus coercitum; summitas tamen salva manet, ut tantam, concurrente statu imperii tantum ad consultationem quid imperio in casu obvenienti consultum sit, posquam vero cum Caesare deliberatum et in idem placitum conversum est, jam illa, quae ad actum imperandi vel mandandi pertinent solius imperatoris nomine expediuntur, et ita actuale exercitium jurium majestaticorum penes imperatorem remanet. De caetero non refragatur majestatis indoli, quaedam promittere sub *clausula annulatoria* h. e. quod contraventiones contra promissa factae debeant esse irritae et nullae. Propterea tamen cum Limnaeo *annot. ad artic.* 32. *capitul. Rudolphi II.* n. 48. *seqq.* non effingenda est duplex majestas, nimirum *personalis et realis*; quarum illa penes imperatorem sit, haec penes reliquos status et ordines in imperio. Saue enim in praecepta sanae politices impingere hanc distinctionem duplicis majestatis cordatiores dudum observarunt. conf. Pufendorf. *de jur. nat. et gent. lib.* 7. *cap.* 4. Nec illud negari poterit, primitus hanc distinctionem de duplici majestate prolatam esse a Secta *Monarchomachorum* ad evertenda regum principumque jura, unde postea in caute illam Limnaeus aliique mutuo sumpserunt, et ad suam hypothesin de forma imperii mixta traxerunt. conf. Joh. Henric. Boecleri *institut. polit. lib.* 1

§. 13. Bene vero hoc casu distinguenda est clausula commissoria ab annullatoria. Illa consistit in eo, ut eligendus, si contravenial promissis pactis vel conventionibus, eo ipso regno vel principatu excidere debeat. Tam duram formulam regnum Poloniae nonnullis candidatis aliquando detulisse, fidem faciunt inter alios Cromerus *histor. polon. lib.* 2. Henn. Arnisaeus *de jure majest. lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 11. Althusius *politic. c.* 19. *n.* 44. Sic *Sigismundus III.* Poloniarum rex solemni juramento corroboravit, quodsi contra pacta conventa aliquid moliretur aut susciperet, ac in aliquibus juramentum suum violaret, nullus incola regni, omniumque dominorum cujuscumque gentis, obedientiam praestare debeat. *imo facto ipso eos ab omni fide et obedientia regi debita liberos faciat.* conf. Limnaeus *annot. ad capitul. prolegom. sect.* 9. *n.* 9. add. dn. a Jena *commentatio de lege commissoria.* Nam si haec clausula posita in ipsa delatione imperii, tunc rex eidem contraveniens in privatam personam recidit. Hugo Grotius *de jur. bell. et pac. lib.* 1. *cap.* 4. §. 12. add. Boecleras *comment. ad h. l.* Equidem superioris seculi an. LVII. deliberatum fuit, annon electoribus sit, capitulationi legem commissoriam expressis verbis inserere, quo Caesar ea non servata ipso facto imperio excidat, ac ut constet, an Caesar obligationi suae satisfaciat, electores ex praescripto A. Bullae, quotannis aut quoties opus fuerit per legatos convenirent, atque de hoc aliisque capitibus ad salutem imperii pertinentibus deliberarent. vid. Ber. a Pufendorff. *rer. brand. t.* 7. §. 28. Verum inter consilia rem istam subtilisse eventus docuit. Haec clausula annullatoria actum capitulationi contrariorum ulterius indolis est. Siquidem illa indigitatur, quod negotium, adversus tenorem clarum capitulationis susceptum, nullum et sine effectu esse debeat, et quod imperator ipse hoc debeat ac abolere, non autem quod imperator eo ipso jure imperii excidere debeat. Huc pertinent verba capitulationis Caroli V. *in art.* 33. *Ob aber dieser und anderer vorgemeldten artickeln und Puncten einiges zuwider erlanget und aufgehen würde, dass alles soll kraftlos, todt und ab seyn, immassen wir es auch alsdann, und dann als itzund hiemit cassiren, tödten und abthun.*

§. 14. Exurgit inde quaestio ardua, *an imperator capitulationi suae contraveniens deponi possit?* In hanc sententiam videtur descendere Rachelius *alleg. diss. de capitulis cap.* 7. §. 9. *p.* 76. inquiens: *certum quidem est, nullam in imperio nostro expressam extare legem, cujus vigore imperator deponi potest, attamen tacite conditio illa capitulationi vi contractus inesse putanda.* Hinc Schilterus *jur. publ. vol.* 1. *disp.* 3. *th.* 30. scribit: *non opus esse expressis verbis jus deponendi sibi reservare. Si ad exempla licet provocare, tum vero nec usus deest.* Verum haec sententia in tam arduo et cum magno discrimine imperii conjuncto negotio, nimis levibus superstructa videtur fundamentis. Nam, uti *in praeced.* §. annotatum jam est, miscentur et confunduntur diversa, nimirum clausula annullatoria et commissoria toto coelo inter se distantia. Imperium sub pactis certis commissoria lege in eorum violationis addita potest iterum abrogari, si pacta ista sancte non servantur; aut tacita illa conditio capitulationi inesse non potest, quando expresse in illa declaratio utriusque partis adest, quod contrarii actus tantummodo nulli esse, omnique effectu, quo alias ob potestatem facientis gauderent, si nulla pacta et capitulationes essent initae, carere debeant. Quod vero attinet ad exempla Adolphi Nassovii et Wenceslai, contigerunt priusquam scriptae capitulationes in imperio adessent, et valde disceptari potest, an illae depositiones imperatorum jure ac legaliter sint susceptae. Nam ut praeteeamus illa, quae Stamlerus *tr. de reservat. imperat.* §. 20. urget, expendi merentur, quae afferi Boeclerus *not. s. rom. imp. lib.* 4. *cap.* 1. *et in not. ad Grot. de j. bell. et pac. lib.* 1. *p.* 280. Equidem non nego, quod plane imperator deponi non possit aut debeat, si scilicet ille animum hostilem erga rempublicam indueret, ut nulla admonitione corrigi, aut contraveniendi scopo averti queat, nec saluti reip. aliud nisi mutata imperatoris persona remedium applicari queat, conf. Dietericus *in ot. ad a. bull. p.* 44. Sed quod ob contraventiones quorumdam capitulationis articulorum, cum dispendio notabili salutis publicae non conjunctorum, si de caetero voluntas non appareat ad omnia imperii statumque jura evertenda legaliter imperator possit deponi, et a statibus ad

arma decurri, omni juris fundamento careat. Accedit, quod humanitatis nostrorum temporum, quicquid est de exemplis rudioris et semibarbari aevi, ejusmodi tristem casum non permittat timere, conf. pulchrum discursum Caesarini Furstneri *de jure supremat. et legat. princip. imper. p.* 30. *seqq.*

§. 15. Quoniam itaque negotia contra capitulationem a Caesare perpetrata *nulla* declarantur, ulterioris porro disceptationis est, annon tempore necessitatis aut salutis publicae ab imperatore susceptа subsistant? an vero illa etiam hoc casu annullentur aut irrita fiant? Pro cujus quaestionis ventilatione in utramque partem rationes in promptu sunt. Etenim, qui hoc casu liberiorem imperatori potestatem indulgent, potissimum confugiunt ad subsidia juris civilis, quo dispositum est, quod (1) a regulis juris communis recedi possit, quoties periculum in mora est. *l. de pupillo* 5. §. 12. *ff. de oper. nov. nunciat. l. aliquando* 5. *ff. de offic. proconsul. l.* 1. *ff. de damn. infect.* (2) huc facit decantatissima juris regula, quod necessitas non habeat legem. Gail. *de pac. publ. lib.* 2. *c.* 2. *n.* 1. (3) notum est, quod publicae utilitatis gratia multa permittantur, quae alias interdicta et prohibita. *l. ita vulneratus* 31. *ff. ad l. aquil.* Gail. *lib.* 2 *obs.* 36. *n.* 4. (4) Juramenta intelliguntur rebus in eodem statu permanentibus *l. ult. ut satisd. cog.* And. Tiraquell. *ad l. si unquam* 8. *c. de revocand. donat. pr. n.* 141. idcoque ex causa de novo superveniente, ab eodem citra crimen perjurii recedere licet *cap. quemadmodum* 25. X. *de jurej.* Vasquius *de success. lib.* 2. §. 18. *n.* 80. nec juramenta extenduntur ad non cogitata, fortuita, vel inopinata. Tiraquell. *cit. loc. n.* 179. multo minus. (5) magistratuum juramenta absolute stringunt, sed secundum aequitatem publicamque salutem temperanda. Baldus et Sichardus *ad l.* 2. *c. ex quibus caus. infam. irrogat.* Imo (6) pacta ambigua et obscura interpretari debemus contra eum, in cujus potestate, legem apertius scribere. *l. peteribus* 39. *ff. de pact. l. labeo ff. de contrah. empt.* Si ergo hoc passu capitulatio obscura est, electoribus objici poterit, quod causam necessitatis et ubi periculum in mora est, disertis, claris et perspicuis verbis non expresserint.

§. 16. Enim vero si non aliae rationes ad ordinem hanc rem decidendam afferuntur, quam ex jure civili privatos potissimum stringente, vereor ut operam hodie ludant illi, qui tam imbecillibus rationibus potestatem imperatoris in casu necessitatis contravehendi capitulationibus superstruunt. Hinc ipse Limnaeus utut justo saepius liberalior in allegando jure privato circa decisiones controversiarum illustrium inter principes, vid. Monzamb. *de stat. imper. in praef.* attamen hoc passu *in annot. ad capitul. in prolegom. sect.* 8. *n.* 48 facilem putat ad modo allatas rationes responsionem, quod ibi etiam fuse praestitit. Nexus vero consistit in eo, quod longe alia indoles negotiorum privatorum et publicorum, et quod aeque secure decisiones illorum ex jure inter privatos desumpto non possint aut debeant applicari ad negotia publica ex jure naturae & gentium decidenda. Accedit, quod illa, quae speciose de salute publica et negotiis moram haud ferentibus adducuntur, vix in ipsis rerum argumentis contingere possint. Siquidem si publica salus aut momenta causarum celeritatem requirunt, permissum est imperatori, compendiosa via vota et consensum electorum exquirere, Limnaeus *loc. allegat. n.* 49.

§. 17. Itaque verior est opinio, et tranquillitati imperii ejusque securitati proximior, quae asserit, quod imperator nullo modo capitulationem infringere debeat, praesertim cum hoc satis innuat natura et indoles capitulationum per modum pactorum constitutorum; tum et expressa prohibitio imperatori facta, *dawider nicht zu thun in einige Weise oder Wege, wie die mögen erdacht werden. artic* 47. *capitul. leopold.* Et hanc expositionem congruere menti paciscentium satis innuit elector Saxoniae ad Moguntinum scribens *d.* 23. *febr.* 1623. *die capitulationes sind stricti juris:* imo strictissimi juris, uti legati electoris brandenburgici judicarunt, quod in protocollo ratisbonensi *de an.* 1623 probat Limnaeus *allegat. loc. n.* 42. Notabilis vero imprimis est responsio collegii electoralis Ratisbonae 1630. Imperatori insinuata, in qua inter alia mentem suam serenissimi conditores capitulationum aut eorum legati nomine juxtaque ipsorum, super capitulationis articulis omni casu et tempore inviolabilibus ita declararunt. *Wo niger lassen sich die Vergangene Versets- und Vorgebung der Reichs nahmhafften Lehn*, mit einiger necessitaet, oder andern Ursachen behaupten, *sondern bleibet bey einem so wohl als* andern klahrer unbedingter disposition Königl. Capitulation, *und des Heil. Reichs Recht, so lange ein anders beym Chur-Fürstlichen Collegio nicht austr cht und erlanget wird in seinem Stande und* disposition *allerdings bevor und unbegehen.* Atque hue semet referunt et iam literae statuum protestantium Lipsiae congregatorum 1631. *d.* 18. *mart.* ad imperatorem datae, ibi: *Und ob wohl solches alles mit den praetendirten casu necessitatis excusiret werden will, so ist doch Kayserl. Majest. allergnaedigst wissend, auch jüngsten zu Regenspurg vor den saemtlichen Chur Fürsten ansehnlicher ausgeführet - - das die Reichs Constitutiones* durch keine Noth und Gefahr, sie sey auch immer so gros als sie wolle, *nicht zurück gestellet und überschritten werden solle; sie seynd plane immotae, und eine Richtschnur, darnach Chur-Fürsten und Staende des Reichs regiret werden sollen.* Hinc frustra Maximilianus I. imperator, narrante Melchiore Goldasto *in Reichs Handlungen p.* 76. Statibus imperii pacta sine scitu et consensu suo cum exteris inita exprobrantibus, in comitiis vormatiensibus 1649. regressit, posse Caesarem in casu necessitatis, ubi periculum in mora, sine ordinum consensu leges fundamentales transcendere. Sane ab ejus mente in factis et verbis non videtur alienus fuisse Ferdinandus II. imper. qui, teste Londorpio *actor. publ. tom.* 3. *p.* 551. Capitulationibus contravenire saepius non dubitavit, necessitate id factum esse excusans. Verum et hisce exemplis regula juris non poterit effingi, et multa contingunt temporibus turbulentis, qualia fuerunt Ferdinandi II. quia inter arma silent leges, quae postea statu feliciori pristinae tranquillitatis reducto damnantur. Quamquam autem in universum inficias ire non cupiam, quod a pactis inter imperantes et parentes initis, circa modum administrationis reip. certis casibus recedi possit; si non aliter de mente paciscentium constet. Attamen cum ex adducto *articulo* 47. *capitul. Leopold.* satis pateat,

quod serenissimi paciscentes nullo modo violationem horum articulorum permittere velint, idque data subinde occasione imperatoribus ipsis declaraverint haud obscure, ipsorum voluntate omnino hac in re standum erit. conf. Limnaeus *annot. ad capitul. postegom. sect.* 8. §. 40. dn. Schweder. *instit. jur. publ. part. general. cap.* 14. §. *fin.* Rachel. *dict. diss. de capitul. cap. alt.* §. 8. *p.* 75.

§. 18. Quodsi vero aliquis e principum partibus status, propterea imperatori a capitulatione resilire fas esse putaret, quoniam capitulationes post *instrumentum pacis artic.* 8. §. *habeantur* sine praescitu et auxilio reliquorum statuum conditae ab ipsis pro nullis declaratae sint; illius opinio meretur plenius considerari. Nimirum quamvis electores a tempore Caroli V. portionem essentialem negotii electionis credideriint esse confectionem capitulationis, ac etiam in quieta possessione permanserint usque ad Rudolphi II. mortem, Conring. *diss. de capitul.* §. 4. Burgoldensis *ad instrum. pac. part.* 3. *disc.* 5. Londorp *tom.* 1. *actor. publ. lib.* 1. *cap.* 3. attamen ab eo tempore reliqui status hoc jus sibi vindicarunt, et in pace Westphalica annitentibus maxime Suecis, dicto *artic.* 8. §. *habeantur.* constitutum est, ut illa res in proximis comitiis amicabili modo inter collegium electorale et reliquos status componeretur. Cum vero in sequentibus comitiis Ratisbonae 1654. res ita exitum sortita haud sit, et anno 1658. leopoldina capitulatio conficienda esset, status monita sua ad capitulationem transmiserunt electoribus, denunciatione adjecta, quodsi illa omnia non admitterentur, pro lege publica capitulationem semet non agnituros esse. vid. *Eitel Fried. von Herden in der Grundfeste part.* 3. *c.* 3. Idem factum circa electionem et capitulationem Romanorum regis Josephi. Ipsam formulam utriusque protestationis et annullationis capitulationis Leopoldi et Josephi exhibent dn. Muldener *in capitul. harmonic. app. in fin.* dn. Pfeffinger *in Vitriar. illustrat. lib.* 1. *tit.* 7. *p.* 239. ubi inprimis notabilia verba in protestatione principum et statuum contra capitul. Josephi *d.* 8. *august.* 1699. *Als können und mögen dieselben in nichts, so bey ob höchstgemelter Römis. Königs Wahl und dabey errichteter Capitulation vorgenommen, gethan und gehandelt werden, welches mehr besagten Westphaelischen Friedens Instrument und denen juribus principum directe vel per indirectum ungemaass und zuwider seyn könte, oder möchte, gehelen, weniger solches, wie es auch ohne des vigore instrumenti pacis an sich* kraftlose *und nicht stat haben kan, pro lege imperii publica achten oder erkennen, etc.* Unde quaeritur, an *posteriora instrumento pacis capitulationes hoc ipso annullatae sint?* Affirmativa decisio videtur primo intuitu fluere ex adducta formula protestationis statuum imperii. Verum quemadmodum eo ipso status conservationem juris sui, quod hoc casu praetendunt, intenderunt, et praeterea electores reprotestationem ediderunt, quam itidem exhibet *loc. cit. pag.* 211. ita potest dici, quod nec imperator, nec alius quisque civium imperii ab obligatione capitulationis semet eximere valeat. Nam in *alleg. art.* 8. §. *habeantur* deliberatio solum et si fieri potest decisio in futuris comitiis promittitur; quia itaque res istiusce rei in comitiis expediri hactenus non potuit, ob varias figuras negotiorum publicorum, salvo utriusque partis jure, electores in possessione manent. Ut praeterea, quod statuum protestationes non omnino impugnent capitulationes, sed id tantum illis agatur, ut testentur, se illis tenere nolle, quo parte monitis oblatis et legibus universalibus adversarentur. conf. illustr. dn. a Rhetz *instit. jur. publ. lib.* 1. *tit.* 4. §. 41. Dn. Schilter. *instit. jur. publ. lib.* 1. *tit.* 15. §. 6. Dn. Horn. *diss. de capitul. caes.* §. 15.

§. 19. Quamquam vero negotia capitulationi contraria, nullo modo a Caesare suscipienda sint, aut si suscipiantur, irrita nullaque esse jubeantur; attamen eorundem negotiorum annullationem non una eademque indoles, atque natura est: Magis hoc perspicuum fit, si recentiores capitulationes cum vetustioribus comparentur. Nata hisce clausula annullatoria generalis in articulis ultimis adjecta est, ceu illud perspicitur ex capitulatione Caroli V. *artic.* 3. Ferdinandi I. *art.* 30. Rudolphi II. *art.* 35. Matthiae *artic.* 39. E contrario in recentioribus capitulationibus generalis illa actuum et negotiorum capitulationi contrariorum annullatio omisse deprehenditur. Non cito gravem causam hoc factum fuisse, vel exinde conjicere licet, quod principes et status in monitis ad capitulationem Leopoldi generalem illam clausulam cassatoriam et annullatoriam rerum ursserint. vid. diss. dn. Joh. Sam. Strykii *de derogat. futurae disposit. cap.* 1. §. 70. *seqq.* E contrario certis tantummodo articulis v. c. in capitulationibus Leopoldi ut et Josephi annullatio illa adjecta est; in cujus rei differentiam operae pretium arbitrantur, plenius inquisivisse.

§. 20. Nimirum intuenti indolem legum publicarum et maxime capitulationum, apparet facile, quod illae per modum pacti condantur, et pro varia rerum et negotiorum imperii figura, varia etiam additamenta, vel etiam diminutiones accipiant. Quodsi itaque vel strictius vel laxius candidatum imperii ob trictum cupiant serenissimi conditores capitulationum, idque ex multis, nec semper privato cognitis perspectisque causis, tunc intentioni inservientes formulas etiam hisce conventionibus adjiciendas curant. Inde non mirum est, quod Caroli V. suspectam potentiam, tot regnis haereditariis nixam, duriori formula et generaliori clausula cassatoria omnium huic capitulationi contrariorum negotiorum ab ipso susceptorum inclusam voluerint, idque in nonnullis subsequentibus capitulationibus repetitam sit. Postea vero annullationes illae omissae aut nonnullis saltem capitibus adjectae sunt; quia non placuit, aut forte necessitatis non existimatum sit, dura illa clausula annullatoria restringere imperatorum potestatem. Enimvero hoc ipso non est animus, vinculum jurisjurandi et pactorum conventorum, quo imperator imperio obstrictus est, laxius reddendi, aut obligationes eorumdem restringendi; sed tantummodo illam differentiam indigitare; quod si contra dispositionem capitulationis venerit imperator, et speciatim contra illos articulos, quibus expressa annullatio adjecta est, tum ille actus ipso jure sit nullus; quodsi vero caeteris articulis, illam clausulam non habentibus, contraventum fuerit, actus tamdiu subsistit, donec consensu statuum pro invalido declaratus fuerit. conf. *modo laud. diss.* Dn. Joh. Sam. Strykii *de derogat. futur. dispos. c.* 1. §. 73.

§. 21. Huic vero assertioni videntur valde obstare,

quae Joh. Limnaeus *comment. ad capitul. prolegom. sect.* 10. *n.* 5. *seqq.* affert, dum generaliter concludit, quod, si aliquando evenist, ut capitulationis limites transgrediatur imperator, nec observet promissa in capitulationibus sub fide jurata facta, actus nullus sit per capitulationem Caroli V. *art.* 33. et subsequentium imperatorum; nec producendum esse hunc actum ad consequentias, per capitul. Ferdin. III. *artic.* 14. nec status imperii, si ad bellum pronus imperator sint citra eorum consensum, teneri ad auxilium ferendum; quem in finem provocat *ad Maximilian. I. und der Churfürsten und Staende Handlung anno* 1509. *auff dem Reichs-Tage zu Worms* apud Goldastum *in Reichs-Handlung. p.* 85. Enimvero, quemadmodum ipsi concessimus §. praeced. quod actus nonnulli, quibus scilicet expressa annullatio addita est, sint ipso jure nulli, si de facto ab imperatore suscipiantur; ita non possumus in eo amplecti opinionem Limnaei, dum absolute et indefinite omnes actus capitulationi contrarios pro nullis ipso jure habet. Tunc enim nulla apparet ratio, quare in capitulationibus posterioribus clausula annullatoria generalis, quae in Carol. V. et nonnullorum successorum capitulationibus in fine adjecta apparet, omissa aut neglecta esset, illaque tantummodo in certis articulis hodie conspiciatur. Hinc etiam ipse Limnaeus hanc sententiam alio loco, nimirum *comment. ad a. bull. cap.* 5. §. 3. *obs.* 6. fere destruit, dum *num.* 5. ita pergit: *porro in capitulatione Caroli V. dict. art.* 33. *quando cum artic.* 32. *confertur, percipimus, ibi non agi in genere de actionibus imperatorum invalidis et illarum cassatione, sed magis de rescriptis et mandatis, quae dantur vel emanant contra capitulationem atque imperii leges.*

§. 22. Aliud enascitur dubium ex nostra sententia, quod nonnulli actus suscepti ab imperatore contra dispositionem capitulationis sint ipso jure nulli, alii vero demum post declarationem; quis nimirum posterioribus hisce casibus inter status gaudeat potestate, contrarios capitulationi actus pro nullis declarandi. Pro collegio electorali id propterea militare videtur, quod membra istius hactenus sola fuerint in possessione capitulationem praescribendi. Inde inferri poterit, quod qui pactum inivit, et ejusdem declarationem, ac pro variis circumstantiis, annullationem actuum pactis hisce contrariorum sibi vindicare possit. Accedit, quod electoribus in A. Bull. *prooem et cap.* 3. §. 1. variae praerogativae concedantur, dum *columnae imperii* salutantur, item: *septem candelabra lucentia in unitate spiritus septiformis, ad sacrum imperium illuminandum* et in *propositione Caesar. ob election. Joseph.* vocantur: *oberste Vaeter und Rathgeber der Teütschen Nation.* conf. Crucer *de novemvirat. discurs.* 1. §. 1. Nihilominus tamen, cum electores in initio capitulationum profiteantur, quod non dumtaxat nomine suo, sed etiam reliquorum statuum hisce conventionibus imperatores stringant, cum ex prooemiis capitulationum patet, verior est illorum sententia, qui hoc casu omnium statuum cognitioni in comitiis hanc declarationem committunt. Aliud esset, si forte actus concerneret specialem praerogativam circuli, aut ejus directorum; v. c. si imperator super causa feudi vacantis non solum sententiam ferret (quod ipsi per leges imperii licet) sed etiam executionem sententiae per suos officiales susciperet, quod in praejudicium directorum et ducis circuli illius vergere, in quo bona et feuda litigiosa sita sunt. conf. dn. Praesid. *tr. de officio ducum et director. circul. circa exequend. sentent. imper.* illustris dn. Cocceji *tr. ejusd. materiae germanice editum.*

CAPUT II.

De negotiis ecclesiasticis per capitulationes annullatis.

SUMMARIA

Indoles et regimen externum ecclesiae christianae aliud apud pontificios aliud apud protestantes. §. 1.

Advocatia sedis romanae, quomodo ad imperatores nostros pervenerit? §. 2.

Carolus m. protector primus papar. inter imperatores Occidentis. Formula juramenti pontifici ab imperatore olim praestiti. §. 3.

Hoc juramentum defensionis sedis rom. postea continuatum est a successor. Caroli m imo adhuc hodie in coronatione regis rom. Hoc juramentum non importat nexum feudalem, sed est juramentum protection. §. 4.

Quoad res protestantium annullatur haec advocatia imperatoris in capitulationibus. Officium imperat. circa art. IV. pac. Ryswicens. §. 5.

Scripta et disput. contra pacem religionis annullantur. Sunt illa dicta aut scripta ipso jure nulla. Omnis tamen interpretatio doctrinalis instrumenti pacis propterea non est nulla. §. 6.

Protestationes et contradictiones contra instrum. pac. annullantur in capitulationibus Leopold. et Joseph. Nec ipsa papalis protestatio excipitur. §. 7.

Historia protestationis papalis contra instrum. pac. Westphal. Illa protestatio in ipso instrum. pac. annullata est. §. 8.

Pontificis dispensatio aut relaxatio juramenti imperatoris annullata est. §. 9.

Praetensa potentia pontificum in relaxandis juramentis. Tragica exempla harum relaxationum in Germania, in Anglia, in Gallia. §. 10.

Necessaria in capitulationibus est ista annullatio, ne damnosa evangelicis existat. §. 11.

Idem observatum in annullatione illorum, quae imperatori praescribuntur in capitulat. circa concordatu cum papa. Aeneae Sylvii callidae persuasiones circa concordata illa, pontificum violationes intuitu concordatorum Germaniae, querelae desuper in gravaminibus Noriberga oblatis. §. 12.

Harum violationum impeditionem promittit imperator in capitul. catholicis statibus maxime quoad informes gratias. Quoad annatas et reliquos crassos abusus curiae romanae. §. 13.

Quoad evangelicos illud jus papae circa usum annatarum et aliarum annullatum est in capitulationibus. §. 14.

Annullantur in capitulationibus attentata causes ei-

viles pertrahendi ad forum ecclesiasticum. Origo hujus abusus. Recens exemplum in camera imperiali. §. 16.

§. 1. Dum itaque praecedente capite delineavimus ac separavimus actus ipso jure nullos, ab illis qui indigent declaratione, ut irriti sint; merito nunc primo loco incipimus a negotiis ecclesiasticis. Equidem si imperator et omnia membra imperii uni religioni ab hypothesibus pontificiis repurgatae addicti forent, non opus foret tot ambagibus, defensionem ecclesiae et sedis romano catholicae mox in initio capitulationum eidem praescribere, sicque controversiis exinde nasciturís carere possemus. Juxta principia enim protestantium ecclesia christiana non denotat peculiarem statum aut regimen independens ab imperio civili sed est coetus fidelium in civitate viventium, et quoad regimen externum subjectus illi, qui summa majestatis jura in illa republica exercet, quod dudum invictis argumentis nostratium praecipui contra romano-catholicos evicerunt, ac merentur evolvi Marcus Anton. *de dominis in republ. ecclesiast.* H. Grotius *tr. de imperio summarum potestatum circa sacra* dn. a Puffendorf. *tr. de habitu religionis christianae ad vitam civilem*, Hermannus Conringius *diss. de majestatis civilis auctoritate et officio circa sacra*, David Blondellus *tr. de jure populi in ecclesia*. Quoniam vero illi, qui adhuc sacra Romanensia amplectuntur, diversam de regimine ecclesiae externo opinionem mordicus defendunt, nec ecclesiam sine visibili capite ac regimine monarchico consistere posse, firmissime sibi persuasum habent. Inde adhuc primo loco in capitulationibus *advocatia sedis romanae* novo imperatori inprimis commendatur. vid. *artic.* 1. *capitul. Leopold. et Josephi.*

§. 2. Sigillatim vero meretur intricata haec res de advocatia sedis romanae, vel propterea nunc specialiorem excussionem, quia ab illo tempore, quo dignitas et titulus imperii romani ad occidentales perveuit, haec defensio tamquam specialis praerogativa legibus imperialibus considerata aestimataque fuit. Recessus imperii, tum et aliae leges Germaniae frequentem hujus rei injicunt memoriam, in A. Bulla *cap.* 2. §. 3. 4. 5. Imperator vocatur advocatus universalis, sive *der oberste Voigt und Haupt der Christenheit*. *In recessu augustan. de an.* 1518. §. *Furtlich*, imperator audit: *Der gantzen Christenheit Schutz und Schirm Herr. In recess. imper. ratisbonn. de an.* 1541. §. 19. Imperator ita loquitur: *und uns als Advocaten und Beschirmer der Christlichen Kirchen* et *recess. imp. de* 1538. §. 6. ibi: *So wollen wir als Advocat. der H. Kirchen und Beschirmer der Concilien etc. rec. imp. Spirens. de* 1529. §. 1. dicitur: *Das ihre Kayserliche Majestaet als der Obrist, Haupt, und Voigt der Christenheit etc.* Vestigia hujus rei deprehenduntur etiam in *jure saxonico art.* 8. quando dicitur: *Dass der Kayser dem Stuhl zu Rom verstehen soll von s. Peters wegen, davon Er auch römischer Voigt heisse.* item *dass Ihme (dem Kayser) das Schwerdt die Kirche wider alle Feinde des Glaubens zu verfechten befohlen*. add. Gryphiand. *de Weichbildis Saxon. cap.* 63.

§. 3. Promisisse vero ecclesiae romanae defensionem jam Carolum M. Sigonius *de regno ital. lib.* 4. *p.* 99. asserit, dum inquit: *Carolus m. quoque eo tempore, quo corona imperialis illi a pontifice imponebatur, solemni juramento praestito se protectorem ac defensorem fore sanctae romanae ecclesiae in omnibus utilitatibus pollicitus est.* add. Lehmann. *chronic. spirens. lib.* 2. *cap.* 40. Magerus a Schönberg *de advocatia armata cap.* 5. *num.* 114. vero vetustiorem originem hujus defensionis assignat, provocans ad diplomata regis Francorum Dagoberti post seculum VI. data. Verum hoc in medio relinquimus, ut et illa quae *allegat. loc. num.* 88. contra Knichenium disputat. Nam institutum nostrum non est, totam hanc rem exhaurire, sed caput illud capitulationum primarium de defensione sedis romanae, ad quam adstringuntur imperatores, ex monumentis historicis illustrare, ex quibus patet inter imperatores occidentis primum Carolum m. solemni juramento defensionem sedis romanae promisisse. Meretur res, ut formula juramenti, prout extat apud Sigonium *loc. cit.* Goldastum *tom.* 2. *constit. imper. p.* 5. Magerum *loc. cit. n.* 118. huc afferatur: *in nomine Christi spondeo atque polliceor ego Carolus imperator coram Deo et s. Petro apostolo, me protectorem et defensorem fore hujus sanctae romanae ecclesiae in omnibus utilitatibus, quatenus divino fultus fuero adjutorio, prout sciero poteroque.* Non multum abludit ab hac formula illa, quae in ceremoniali romano *lib.* 1. *sect.* 5. *cap.* 3. extat. Nihilominus tamen Goldastus *in rationali ad h. l. p.* 385. formulam hanc pro commentitia spuriaque habet. Prout etiam juramentum ab Ottone m. pontifici praestitum et a compilatore decreti, Gratiano, *in can. tibi domino* 33. *dist.* 63. relatum falsitatis fictionisque incusat Goldastus *in alleg. ration. ad tom.* 2. *constit. imper. p.* 43. E contrario dn. Schilterus *de libert. eccles. German.* interpolatum quidem, sed non ex omni parte falsum agnoscit. *lib.* 3. *cap.* 5. §. 9.

§. 4. Inde postea factum, ut in coronatione caesarea, Romae a pontifice facienda, reges Romanorum sub simili formula semet ad defensionem ecclesiae romanae adstrinxerint. conf. Leopold. a Bebenburg. *de pietat. princip. germ. n. cap.* 7. add. dn. Schilter. *alleg. tr. cap.* 9. §. 10. *seq.* Hodie vero cum praxis coronationis caesareae Romae peragendae non amplius vigeat, et jam a tempore Caroli V. omissa, vel ut superflua reputata sit; nihilominus in coronatione germanica episcopus consecrator ex rege quaerit: vis sanctis ecclesiis, ecclesiarum ministris fidelis esse tutor et defensor? Vix sanctissimo in christo Patri ac domino romano pontifici et sanctae ecclesiae debitam fidem reverenter exhibere? ubi rex non solum respondet: *volo*: sed etiam hac formula: *omnia promissa, in quantum divino fultus fuero adjutorio, fideliter adimplebo; sic me Deus adjuvet et sancta Dei evangelia*, juramentum praestat, quod etiam in novissima serenissimi Josephi Romanorum regis coronatione ita observatum fuit, vid. Sigism. Ferrarii *descript. coronat. Joseph. cap.* 3. *p.* 135. Errat vero non leviter ac cespitat Clemens V. papa, quando *in clementin. un. de jurejur.* hanc speciem jurisjurandi pro *juramento fidelitatis* venditat, cum tamen illud protectionem tantummodo inferat, quod olim agnovit Leopold. de Bebenburg *de jure regni cap.* 9. conf. dn. Erici Mauritii *annot. ad capitul. Leopold. art.* 1. *f.*

§. 5. Quando itaque post reformationem evangelicam ad nostra usque tempora in capitulationibus caesareis adjicitur defensio romanae sedis, notabiliter additur *in capitul. leopold. dict. art.* 1. *f. Gleichwol so viel diesen, wie auch den nachfolgenden* 19. *artic. gegenwaertiger Obligation belanget, haben Vorgemeldte Unsere liebe Oheimen, die drey Chur-Fürsten, zu Sachsen, Brandenburg und Pfaltz sich ausdrücklich gegen uns erklaehret, was da von dem Stuhl zu Rom und Paebstlicher Heiligkeit vor Meldung geschicht, dass Ihr. Ldl. Ldl. Ldl. vor sich. und Ihre Religions-Verwandte darinn nicht willigen*, noch Uns damit verbunden haben, *noch erstgedachte Advocatia dem Religion und Profan-auch* zu Munster und Osnabrück aufgerichteten Frieden zum praejuditz angezogen, und gebrauchet, *sondern demselben gleicher Schutzgehalten und geleistet werden solle; Wiewir Ihnen denen dreyen Chur-Fürsten denn auch solches Krafft dieses versprechen, und uns hiemit dazu verbinden.* Quamquam vero Ferdinandus I. noluerit permittere, ut illa clausula insereretur suae capitulationi, teste Goldasto *in Politischen Reichs-Handl. p.* 5. *n.* 3. *p.* 198. attamen postea in Maximiliani II. tum et subsequentium imperatorum capitulationibus haec clausula invenitur. add. Gülich. *ad capitul. Joseph. p.* 51. Unde patet clarissime, omnia illa, quae laedunt securitatem religionis evangelicae in Germania, ac turbant exercitium protestantium, eadem esse nulla. Quo ex fundamento famosam illam clausulam *articuli* 4. *pacis Ryswicensis* de religione catholica in statu quo, in locis a Galliae rege restituendis, relinquenda, interno vitio laborare ac ipso jure nullam esse, merito asserit dn. Muldener. *diss. de protectione ab imperatore ecclesiis utriusque religionis in Germania aequaliter debita* §. *ult.* quod speciali dissertatione se explanaturum esse, ibidem spem fecit.

§. 6. In specie vero imperator *in capitul. leopold. art.* 2. *in fin.* promisit, quod omnia scripta contra pacem religiosam et instrumentum pacis westphalicae edita ad eamdem infringendam, velit *annullare*, cassare, et fisco subjicere exemplaria, auctores vero poenis afficere. Verba ita se habent: *Zumahlen auch diejenigen, so sich gegen itzt ermeldten Friedens-Schluss, und darinn bestaetigten Religions-Frieden als ein immerwaehrendes Band zwischen Haupt und Gliedern, und den Gliedern unter sich selbst, zu schreiben, oder etwas in oeffentlichen Druck herauszugeben unternehmen würden, oder solten, gebührend abstraffen*, die Schrifften und Abdruck cassiren, *und gegen die auctores so woll als complices wie erst gemeldet, mit Ernst verfahren etc.* Itaque licet hoc casu negligens forte fiscalis imp. sit in prohibendis et annullandis ejusmodi libellis diffamatoriis, et seditiosis contra instrumentum pacis, et ibi assertam confirmatamque pacem religiosam; attamen scripta hic indigitata ipso jure nulla, nullum valorem contra quietum religionis protestantium exercitium producere valent. conf. *instrum. pac. art.* 5. §. *utriusque religionis.* Quo ipso tamen genuinam mentem paciscentium eruere haud prohibitum est, nec valde firmo talo videtur consistere opinio b. dn. Mevii *decis. Wismar. part.* 1. *dec.* 67. existimantis, instrumentum pacis westphalicae non admittere interpretationem doctrinalem, sed tantum authenticam. Nam hoc poterit elidi discursu per illustr. dn. a Rhetz *jur. publ. lib.* 1. *tit.* 1. §. 80. *seqq.* quando ita ratiocinatur: *quemadmodum in jure privato tunc demum recurrendum est ad interpretationem authenticam cum mens legislatoris neque ex verbis neque ex intentione apparet, ita etiam juris esse in jure publico.* Nam prohibitum dumtaxat in instr. pac. *alleg. loc.* est, ne quis pacem eam *dubiam* reddat, vel assertiones contrarias menti contrahentium inde deducat; non autem prohibitum est ex mente et intentione contrahentium et ipsius textus accuratiore pensitatione antecedentium et consequentium dubia quaedam resolvere.

§. 7. Prudenter praeterea in fine dicti artic. 2. capitulationis Leopold. et Joseph. repetitum est, quod omnes protestationes et contradictiones contra pacem religiosam et westphalicam *irritae et nullae* ipso jure esse debeant, imperatorque illas rejicere velit: *auch alle wider den Friedens-Schluss eingewandte protestationes et contradictiones, sie haben Nahmen wie sie wollen, nach besage erstgedachten Friedenschlusses verwerffen.* Nimirum jam in instrumento pacis westphalicae erat prospectum huic rei, hisce verbis *in artic.* 5. §. 1. *Quae vero de nonnullis in ea articulis controversis, hac transactione communi partium placito statuta sunt, ea pro perpetua dictae pacis declaratione, tam in judiciis, quam alibi observanda habebuntur, donec per Dei gratiam de religione ipsa convenerit, non attenta cujusvis seu ecclesiastici seu politici intra, vel extra imperium quocumque tempore interposita contradictione vel protestatione, quae omnes* inanes et nihili *vigore horum declarantur.* Tacite hic annullari et indigitari *papalem protestationem* contra instrumentum pacis, facile ex historia istorum temporum perspici potest. Pontifices enim a tempore reformationis per Lutherum inceptae nihil tam enixe curarunt, quam ut omnis pax cum statibus evangelicis tolleretur, illique pristino jugo manciparentur. Quid desuper actum sit in comitiis, actaque publica eo pertinentia congessit Lehmannus *de pac. relig.* Tandem anno 1552. Passavii nota transactio illa inita, quam insecuta est 1555. Pax religiosa in comitiis augustanis constituta et in perpetuum, si religionis dissidium per Concilium generale vel alia media licita et amicabilia componi nequeat, valitura. Haec quies evangelicis concessa semper sudes in oculis Zelotarum ex pontificiis fuit, uti hoc satis innuunt virulenti libelli, qui sub *compositionis pacis* titulo a Dilligentibus jesuitis et *authonomiae* nomine a Franc. Burchardo, vel potius ejus nomine a jesuitis colonensibus protrusi sunt, quique non exiguum momentum ad Ferdinandi II. famosissimum edictum *de restitutione bonorum ecclesiasticorum* anno 29. superioris seculi editum attulisse creduntur, sicque semina belli illius funestissimi tricennarii a papicolis sparsa sunt; de quo fusius egerunt Burgoldens. *ad instrum. pac. dict. art.* Syring. *de pac. religion. concl.* 37. *seq.* Schutz. *vol.* 2. *disp.* 4. *th.* 15. *lit. a.* Verum Germania tandem suo incommodo experta, quod nulla salus bellis intestinis grassantibus sit, vehementer anhelavit pacem profanam et ecclesiasticam, quae etiam secuta superioris seculi anno 48. est Osnabrugae et monasterii, quam propterea recte Burgoldens. sive Oldendenburger *ad instrum. pac Westphal. part.* 1. *disc.* 2. *membr.* 1. *n.* 14. vocat *palladium et arcem*

imperii ineæpugnabilem, item *imperii columnam et basin*, qua tota imperii structura innititur *n.* 18. *cit. loc.*

§. 8. Hanc arcem imperii ac summe necessariam pacem secularem tum et ecclesiasticam pro illo, quo semper erga Germaniam laborarunt odio pontifices, destruere annixus est Innocentius X. pontifex romanus. Eam in finem per nuncium suum Fabium Chisium (qui postea pontifex sub Alexandri VII. nomine orbi innotuit;) solemnem protestationem contra hanc pacem et in specie cessionem bonorum ecclesiasticorum a pontificiis factam, edendam curavit. Bullam papalem exhibet Limnaeus *ad capitul. Ferdinandi IV. art.* 2. *p.* 802. *sequ.* Cum itaque haec bulla, more curiae romanae, multa intolerabilia et quietem gentium liberarum turbantia principia foveat, justas animadversiones incurrit. Utrajecti ad Rhenum Joh. Hornbeckius examen ejusdem bullae sat rigorosum suscepit. Nec minus strenuum oppugnatorem se gessit ille, qui sub *Ludovici de Montesperato* nomine comparuit, demonstrando, quod declaratio nullitatis facta a pontifice in memorata bulla, temerarium solitum fastum et arrogantiam sedis papalis sapiat. Hanc praetensam itaque annullationem in antecessum justiori cassatione et abolitione futurarum protestationum irritam reddiderunt pacificatores westphalici, verbis artic. V. §. 1. *non attenta cujusvis seu ecclesiastici seu politici intra vel extra imperium quocumque tempore interposita contradictione vel protestatione, quae omnes inanes et nihili vigore horum declarantur.* Ad haucce annullationem semet referunt ejusdem fere tenoris et valoris verba finalia *capitulationum Leopoldi et Josephi artic.* 2. *auch alle etc.* add. b. dn. Eric. Maurit. *in not. ad capitul. leopold. artic.* 2.

§. 9. Quoniam vero pontificibus romanis solemne esse solet, dispensationes ac relaxationes juramentorum concedere; imo integrorum regnorum populos a fidei ac homagiali nexu, quo olim obstrinxerunt semet Domino suo, absolvere: ne ejusmodi relaxationes imperatoribus a papa concederentur, super hisce et aliis capitibus capitulationum juramento ab imperatore confirmatis, solemnis ista clausula articulo ultimo capitulationis Leopoldi et Josephi fuit inserta: *Solches alles und jedes, wie obstehet, haben wir obgedachter Römischer König den gedachten Chur-Fürsten vor sich und in Nahmen des Heiligen Römischen Reichs geredet, versprochen, und bey Unsern Königlichen Ehren, Würden und Worten, in Nahmen der Wahrheit zugesaget, thun dasselbe auch hiemit*— Uns auch dawider einiger Behelff oder Ausnahm, *dispensationes, absolutiones* Geist-oder weltliche rechten, *wie das Nahmen haben mag, nicht zustatten kommen sollen.* Eadem clausula etiam occurrit *in capitul. Ferdin. IV. art.* 49.

§. 10. Nimirum per verba: *dispensationes, absolutiones etc.* intelligi pontificum romanorum temerarias absolutiones ac relaxationes, nemo dubitabit, nisi cui placita papicolarum, tum et praxis curiae romanae, incognita plane sunt. Postquam enim canonistae regulam illam adducunt: quod superior possit inferioris juramentum irritum reddere; mox subjungunt, per superiorem nullum alium intelligi debere, quam papam: eo quod habeat potestatem dispensandi pro universali ecclesia, et rescindendi omnia juramenta laicorum. Leonhard. Lessius *de just. et jur. lib.* 2. *c.* 24. *n.* 61. Joh. de Dicastillo *de juament. disp.* 4. *dubit.* 2. *num.* 19. Cardin. Tusch. *pract. conclus. lit. a. concl.* 57. *num.* 15. Nec segnius praetensa hac potestate, pro utilitate ac lubidine sua usi sunt pontifices, reges ac principes christiani orbis excommunicando, subditos ipsorum a vinculo homagiali liberos pronunciando, atque sic quadrata rotundis miscendo. Exemplum triste bruti horrendique fulminis hujus extat in bulla Gregorii VII. (alias Hildebrandi) papae, ubi omnes christianos a vinculo juramenti, quod imperatori faciunt ac facient, absolvit, et ut nullus ei sicut regi serviat, interdicit; quae bulla extat apud Laêrt. Cherubin. *in bullario magno roman. tom.* 1. *pag.* 52. Execrabilis excommunicatio Ludovici Bavari, tunc temporis March. Brandenb. ut et plerorumque nobilium Marchiae pluribus poterit perspici *in not.* dn. praesid. *ad Brunnem. jus eccles. lib.* 2. *cap.* 19. §. 12. Propiora nostris temporibus sunt excommunicationes et relaxationes juramenti homagialis subditorum a Paulo III. pontifice susceptae contra Henricum VIII. Angliae regem, ipsius imperio se subtrahentem, licet reliqua dogmata pontificiorum retineret vid. *bullar. magnum tom.* 1. *p.* 206. Parem tragoediam in Gallia sub Henrico IV. lusit Pius V. papa, ubi in bulla sua apud alleg. Cherubin. *tom.* 2. *p.* 303. omnes proceres ac populum fidei principi suo datae nexu in amplissima forma solvit. add. Ziegl. *in not. ad Lancellot. instit. jur. canon. lib.* 4. *tit.* 13. §. 1.

§. 11. Itaque ne praetensa illa pontificis absolutio et dispensatio super juramentis, hodie adhuc a papicolis asserta, protestantibus damnosa esset, in gravem statuum evangelicorum illa annullatio dispensationis papalis adjecta est, *in alleg.* §. 4. *capitul. Leopold. et Joseph.* Ne scilicet relaxationem juramenti, vel dispensationem a pontifice, qui hoc passu difficilis non esse solet, maxime contra protestantes, petat aliquando imperator: aut si peteret illud tandem de facto, pontifexque illum absolveret a fide jurata, tamen illa absolutio effectu omni carere et ipso jure nulla esse debeat, sicque in fraudem evangelicorum nihil operari possit. Quamquam vero expressa annullatae papalis relaxationis juramenti caesarei, capitulationem, aut quaedam ejus capita attinentis, non fiat mentio, virtualiter tamen illa hisce verbis inest. add. alleg. Diss. Joh. Sam. Strykii *de derogat. futur. dispesit. cap.* 1. *n.* 76.

§. 12. Eadem cautio de non praejudicando statibus imperii evangelicis adhibita deprehenditur in capit. leopold. *artic.* 19. et Josephi *artic.* 18. ubi illa, quae a pontifice contra concordata nationis germanicae a papa, et sede romana perpetrantur, aut perpetrata fuerunt directe, vel indirecte, imperator sua auctoritate in curia romana impediturum esse promittit. Normam nimirum hic pontifici statuunt circa beneficia ecclesiastica famosa concordata Germaniae, inter Fridericum III. imper. et Nicolaum V. pontificem inita, de quibus pluribus egerunt h. dn. Linkius *peculiar. diss. de concordat. nat. German.* Conring. *de constitut. episcop.* §. 84. *sequ.* Schütz. *jur. publ. vol.* 1. *diss.* 7. *th.* 7. B. Strauch. *diss. Exoter. V.* Quamquam vero istis concordatis sive pactis, ab imperatore cum papa initis, ab initio pauci statuum con-

tenti fuerint, dum imperator Fridericus legati pontificii Aeneae Sylvii (postea itidem pontificis sub nomine Pii II.) calliditate deceptus, uti hoc probat Conring. *alieg. loc.* multa concessit papae, quae non concedenda fuissent, adeo ut per haec concordata deterioris conditionis fierent ecclesiae germanicae prae gallicanis; sicque curia romana hisce pactis acquiescere potuisset; attamen non dubitavit papa, saepius haec pacta a sua parte infringere, occulteque subruere. add. Goldastus *in rational. constitut. imper. p.* 116. Limnaeus *ad capitulationem Caroli V. art.* 16. voce: *concordata pp.* Maurit. *not. ad capitul. leop. art.* 19. Quanta vero audacia perfidiaque contra haec pacta peccatum fuerit in curia romana, testantur abunde *gravamina* statuum imperii, Maximiliano I. exhibita anno 1510. apud Melchior. Goldastum *tom.* 2. *constit. imperial.* add. b. Fritschius *manual. jur. publ. v. concordata p.* 143. Perillustr. dn. a Rhetz. *instit. jur. publ. lib.* 1. *tit.* 16. §. 5. Inprimis autem *gravamina centum Noribergae* exposita abusus pravos curiae romanae circa beneficia ecclesiastica fuse graviterque recensent; quae gravamina non a Lutheranis ex odio erga papam sunt efficta: uti existimat Cardin. *Bellarminus*, sed acta publica omnium statuum imperii sunt. Linkius *alleg. dissert.*

§. 13. Ideo in omnibus capitulationibus cautum reperitur, imperatorem daturum operam, ne vis fiat istis concordatis cum detrimento vel ecclesiae, vel reip. germanicae. Hinc in *dict. art.* 18. potiora exempla contraventionum pontificiarum recensentur. Quo pertinent (1) *die unförmlichen Gratien*: per quas *informes Gratias* citra dubium intelligitur, quando papa alicui concedit gratiam, vel expectativam in beneficio, cujus collatio ad ipsum non pertinet. Nam in concordatis §. 3. promisit papa, quod in mensibus *non papalibus* ordinarios collatores gratiis expectativis nolit impedire. Sunt vero isti menses papales *januarius*, *martius*, *majus*, *julius*, *septembet et novembet*; reliqui ad ordinarios collatores spectant. dn. de Rhetz. *jur. publ. lib.* 1. *tit.* 16. §. 7. Dn. Coccejus *j. publ.* c. 22. §. 11. (2) *Multitudo annatarum* quae sunt redditus episcopatus primi anni sub novo episcopo collecti, ex Germania Romam transvehendi. vid. Besold. *thes. pract. v. annaten.* sive ut Strauchius *diss.* 5. *exoter. th.* 17. describit, qui recens in demortui locum successit episcopus aut abbas, pontifici romano fructus integros unius anni ex eo sacerdotio persolvere tenetur. add. Fritschius *in man. jur. publ. voc. annatae.* Utut vero annatae pontificibus per concordata salvae manserint, vid. dn. Coccejus *jur. publ. cap.* 22. §. 10. attamen hisce non satiati pontifices, varios excogitarunt modos, sub praetexta annatarum in bellum turcicum impendendarumGermaniam opibus suis exhauriendi. Stupendam summam Germaniae annatarum recenset b. dn. Strauchius *dict. diss. v.* §. 21. Nec minor summa ex redemptione pallii archi-episcopalis ad cameram papalem redit; nam testantur graves idoneique ac fide digni historici, *dass bey eines menschen Leben, siebenmal* 25000. *Gülden allein aus dem Ertz-Stiffte Meintz nach Rom wehren gelieffert worden.* add. Goldast. *Reichs Satz p.* 1. *p.* 216. dn. Thulemar *de Octovirat. cap.* 23. §. 1. Gülich. *ad Capitul. Ioseph. p.* 60.

§. 14. Has et plures alias violationes concordatorum imperator in alleg. *art.* 19. auctoritate sua ut praecaveat, adstringitur, de cetero autem concordata illibata salvaque relinquuntur. Verum hoc tantum de statibus romano-catholicis intelligendum est, quippe qui jugum hoc ferre adsueti sunt. De terris protestantium vero recte asseritur, quod collatio papalis, annatae, pallium, confirmationes, hic nihil valeant; quod exacte convenit cum decisione *instrum. pac. art.* 5. §. 19. conf. Fritsch. *de jur. primar. precum cap.* 5. *num.* 13. Hinc annullatio haec quoad protestantes status, concernens papae potestatem in suis territoriis, caute hic iterum repetita est. b. dn. Eric. Mauritius *in not. ad capitul. leopold. artic.* 19. *pr.* Gülich: *not. ad capitul. Josephi cap.* 6. §. 31. *pag.* 61. Verba virtualiter omnem actum contrarium annullantia *dict. articul.* 18. *et* 19. *capitul. Leopold. et Joseph.* ita se habent: *doch so viel diesen articul betrifft, unsern lieben Oheimen und Churfürsten zu Sachsen, Brandenb und Pfaltz auch ihren Religions-Verwandten, Fürsten und Staenden, ingleichen der unmittelbahren Reichs-Ritterschafft, und deren allerseits Unterthanen, und denen Augspurgischen confessions Verwandten, die Reformirte mit eingeschlossen, welche unter Catholischen Geist-oder Weltlichen Obrigkeiten wohnen, oder Landsassen seyn, dem Religion und Prophan-Frieden, auch dem jungst zu Münster und Osnabrück auffgerichteten Friedens-Schluss und was dem anhaengig wie obgemeldet unabbrüchig und ohne Consequens nachtheilig und Schaden.* Dum vero omnia contra pacem religiosam et westphalicam suscepta annullare, cassare ac abolere promittit imperator, ceu id supra §. 6. *seqq.* fusius fuit expositum, et vero dictae capitulationis articulus ad istam pacem semet referat, illaque nitatur, hinc eamdem annullationem virtualiter in se continet.

§. 15. Superest in eodem *artic.* 18. *capitul. Leopoldi* annullatio negotii, quod quidem sua natura ecclesiasticum non est, interim tamen a pontificibus, omnia ad molendinum suum trahere cupientibus, ecclesiasticae jurisditioni adscribitur. Nimirum abusus ille insignis, vi cujus causae civiles judici loci ordinario eximuntur, contra vero devolvuntur ad curiam romanam, aut saltem papae nuncios, sic dictos, apostolicos. Verba capitulationis ita se habent: *Gleicher gestalt wollen Wir auch die etlicher Orten eingerissene Missbraeuch, dadurch die causae civiles von ihren ordentlichen Gericht in H. Reich ab, und ausser dasselbr ad nuncios apostolicos, und wohl gar ad curiam romanam, gezogen werden, abschaffen, vernichten und ernstlich verbiethen, etc.* Quae verba quid proprie sibi velint. aut quo maxime colliment, annotatores capitulationum fere, uti pleraque difficilia, in obscuro relinquunt. Ericus Mauritius, qui *in fin capitul. leopold.* audet affirmare, *ne verbum quidem, quod aliquam obscuritatem, aut difficultatem habere visum fuit, praeteritum esse*; nihil tamen attigit vel circa nullitatem negotiorum capitulationibus insertam; nec circa praesens punctum, *de Avocatione causarum civilium per nuncios apostolicos*, quin potius loco discussionis hujus rei adducit plerisque notam distinctionem inter legatum a latere, h. e. cardinalem a papa missum, et nuncium apostolicum, quod ad rem ipsam quidem parum, imo nihil facit.

§. 16. Altius itaque hoc negotium per dictum *artic.*

capitul. Leopold. annullatum, operae pretium confert, a primis suis, ut ita dicam, cunabulis repetere; quo eo clarius postea de ejus abusu, et majore depravatione constare possit. Occasio, ut nuncii causas civiles in Germania ad se pertraherent, haec potissimum fuit: scilicet, quia officiales archi-praesulum et praesulum coloniensis, trevirensis, monasteriensis et aliorum, nomine principum suorum jurisdictionem secularem civilemque exercent, exinde ortus est abusus appellationum, ut scilicet sub hisce officialibus causa cadentes provocarent ad nuncios apostolicos Coloniae et Bruxellis ordinarie residentes. Quas appellationes colore justitiae oruare annixus est Joh. a Chokier *in vindic. libertat. eccles.* 1630. editis. Verum cum adhuc Leodii ante aliquot annos casus contingeret, ubi condemnatus in camera ad papam provocaverat, hoc supremum justitiae tribunal in imperio, suam jurisdictionem inviolari a papa, haud secus, quam par est, iniquissime ferens, provocantem ad cameram, tamquam condemnatum contumacem banno ferire non dubitavit, edito publico scripto sub titulo: *justitia declarationis in bannum facta in camera imperiali in causa Cathar. Molet. etc.* Eo fortius vero imperatores nostri camerae et aliis judiciis in conservanda sua auctoritate auxiliatrices manus praebere obstricti sunt, quo sanctius promiserunt, omnia illa attentata et abusus curiae romanae, circa turbationem judiciorum civilium semet esse annullaturos. Quod etiam ab iis factum esse, testes locupletes sunt *mandata illa de tollendo recursu ad nuncios apostolicos in civilibus et temporalibus causis*, quae in appendice allegati scripti cameralis *a num.* 3. *usque* 16. comparent.

CAPUT III.

De negotiis politicis per capitulationes annullatis.

SUMMARIA

Imperator nihil potest facere sine poena nullitatis contra jura statuum acquisita. Actus suscepti contra oppignorationes imperiales statibus factas sunt nulli. §. 1.

Intelliguntur haec de oppignorationibus ante Carolum V factis. §. 2.

Privilegia ab imperatore impetrata, quibus laeduntur statuum jura, sunt nulla. §. 3.

Statuum jura omnia fluunt ex superioritate territoriali. §. 4.

Annullantur processus subditorum contra superioritatem statuum moti coram imperatore. §. 5.

Etiam jure communi preces falsae nil operantur. Subditi contra principes suos agentes a limine judicii repellendi. Si processus contra principem permittatur praemittendae literae informatoriae. §. 6.

In hisce processibus literae informatoriae si non praecesserint mandata imperat. in causa subditor. contra principem sunt nulla. §. 7.

Vicariatus dignitas, quam sibi mantuanus arrogat, annullatur in gratiam Sabaudiae ducis. Qui olim vicariatum in Italia praetenderint? §. 8,

Sabaudiae dux confirmatur in vicariatu Italiae. Attamen cum clausula, si obediens et fidelis imperio sit extiturus. §. 9.

Decreta contra praecedentiam legatorum electoralium annullantur. §. 10.

Electorales legati cum charactere praeferendi Venetorum et Belgarum legatis. §. 11.

Principes aegre ferunt, quod ipsis legati elector. in capitul. praeferantur. §. 12.

Civitatum municipalium confoederationes annullantur. Foedus hanseaticum, cui nomen multae urbes municipales dederunt olim, hodie fere expiravit. §. 13.

Occasio articuli de annullatione confoederationis civitatum municipalium. §. 14.

Monopolia in imperio annullantur. §. 15.

Vectigalia tam terrestria quam in flumin. navigabilibus de facto instituta annullantur. §. 16.

Non tamen sub hac annullatione comprehenduntur vectigalia nova in fluminibus per novas cataractas navigabilibus, de quibus vectigalibus capitul. Leopold. loquitur. §. 17.

Nec illis praejudicat haec annullatio, qui ante capitulationes jam privilegium consecuti pro lubitu nova vectigalia introducendi. Privilegium brandenb. electorum. Jus vectigalium complectitur etiam jus stapulae, §. 18.

Immunitas a Caesare concessa intuitu teloniorum annullantur. §. 19.

Expectantiae a Caesare concessae sine consensu electorum in feuda majora vacantia annullantur, § 20.

Imperator tamen solus recte judicat inter agnatos, cui feudum vacans competat. Dissentientium opinio expenditur. Sententiae discordantes in harmoniam rediguntur. §. 21.

Principes monetandi jure abutentes privantur illo. Ipso facto status hic peccantes excidunt jure suo et illud annullatur. Idem dicendum de civitatibus municipalibus hoc jure monetandi gaudentibus. §. 22.

Actus imperatoris contra electionem liberam imperatoris annulluntur. Adest libertas electionis in imperio licet ex Domo austriaca electio per secula 2. facta. §. 23.

Imperatoris rescripta contra leges imp. fundam. sunt nulla. §. 24.

Pontificis absolutio hoc casu nulla est. §. 25.

Avocatio causarum in camera pendentium ad judicium aulicum nulla est. §. 26.

Concessio dignitatum ex alia cancellaria, quam imperiali facta, nulla est. §. 27.

Diplomata super novis diguitatibus si intra 3. menses non redimantur, dignitas illa nulla est. §. 28.

Conclusio totius dissertationis cum voto. §. 29.

§. 1. Superiori capite consideravimus causas et negotia ecclesiastica in capitulationibus annullata: longe vero uberior messis, campusque spatiosior semet exhibet in negotiis politicis, quippe quae statum impe-

rii nostri propius attingunt, dum totius corporis imperii salus iis nititur. Sistunt se vero hic primo loco jura, regalia, praeeminentiae, et omnes aliae praerogativae, quibus status in suis territoriis vigore superioritatis fruuntur terra marique, quod illa velit imperator ad cujusvis petitum confirmare, *artic.* 3. *capitul. leopold.* ipsos status in exercitio suorum jurium et consuetudinum observantiarumque conservare et tueri, nec alicui privilegium in alterius praejudicium concedere. *dict. art.* 3. Specialim vero excussionem meretur, quid sibi velint *oppignorationes imperiales*, quarum confirmatio hic etiam promittitur, et actus iisdem contrarii annullantur. Sunt hae oppignorationes species alienationis, et consequenter videtur, quod illae oppignorationes potius annullandae sint ab imperatore, non vero confirmandae. Quamvis veterum imperatorum exempla partes imperii non incelebres alienantium ac oppignorantium, in monumentis historiae Germaniae non sint infrequentia, quae collecta sunt a h. dn. Joh. Strauchio *diss. de oppignorat. imper. th.* 25. *seqq.* add. Limnaeus *ad capitul. Caroli V. artic.* 9. *p.* 163. et omnino dn. Schweder *j. publ. part. spec. sect. I. cap.* 23. §. 2. Huc que pertinet, quod omnes fere Sveviae civitates et quaedam ex Rhenanis, se privilegio de non oppignorando vel alienando muniverint, quia civitates cunctae imperiales in necessitatem imperii servabantur, qua emergente oppignorari invitae ab imperatore poterant, teste Joh. Theod. Sprengero *in lucern. imper. p.* 234. Attamen a tempore Caroli V. et ejus *capitul. art.* 9. cautum est, quod sine consensu electorum nil debeat ab imperatore alienari, oppignorari; quod iisdem fere verbis repetitum videmus in sequentibus capitulationibus Ferdinandi I. *art.* 8. Maximiliani II. *art.* 6. Rudolphi II. Matthiae, Ferdinandi II. *artic.* 8. Ferdinandi III. et IV. *artic.* 9. et Leopoldi ac Josephi *artic.* 12.

§. 2. Verum res salva est, ac verba *articuli* 3. *capitul leopold.* quibus confirmantur oppignorationes statibus factae, et quae in contrarium fiunt, annullantur, respiciunt illas oppignorationes, quae ab imperatoribus factae sunt ante prohibitionem et sic tempora Caroli V. *Olim enim* inquit Mauritius, *annot. ad capitul. leopold. art.* 3. *v. Pfandschafften. Imperatores bona imperii non tantum vendere aut in feudum dare, sed etiam pro exigua summa oppignorare consueverunt.* Hae oppignorationes hic confirmantur. Atque huc facit etiam *instrum. pac. westphal. art.* 6. §. 25. ibi: quod ad oppignorationes imperiales attinet, cum in capitulatione caesarea dispositum reperiatur, quod electus Romanorum imperator electoribus, principibus, caeterisque statibus immediatis imperii ejusmodi oppignorationes confirmare atque illos in earumdem tranquilla et quieta possessione defendere debeat, *conventum est, hanc dispositionem, donec consensu electorum, principum et statuum aliter statutum fuerit, observandam esse.*

§. 3. Privilegia posse ab imperatore impetrari, et hanc potestatem ad reservata ejus jura pertinere, nonnulli cum Stamlero *de reservat. imper. majest. lib.* 1. secure existimant, add. Limnaeus *ad art.* 3. *capit Ferdin. IV. p.* 822. Interim tamen ne ista privilegia ab imperatore impetrarentur, maxime tempore belli cum nonnullis statibus superiori seculo gesti, in praejudicium suorum jurium, omnis illa privilegia, quae infringunt veterem observantiam, consuetudinem ac jura principum, annullantur sequentibus verbis *capitul. leopold. art.* 3. *Sie auch dabey* (juribus statuum quaesitis) *als erwehlter Römischer König, handhaben, schützen und schirmen, und niemand einig privilegium dawider ertheilen, und da einige vor, oder bey waehrenden Kriege dawider ertheilet worden waeren, so in Friedens Schluss nicht gut geheissen, oder approbiret worden, dieselbige gaentzlich cassiren, und annulliren, auch hiemit cassiret und annulliret haben etc.*

§. 4. Fundamentum vero et basis horum jurium consistit *in superioritate statuum territoriali*, quam Knichenius peculiari tr. *de sublimi et regio territorii jure*, initio superioris seculi illustrandam sibi sumpsit. Quoniam vero per posteriores leges imperii fundamentales illa longe illustrior ac splendidior evasit, ex recentioribus publicistis conjungi cum adductis poterit dissertatio *de superioritate territoriali* dn. Joh. Nicol. Hertii antecessoris Giesensis celeberrimi Excelsum hoc jus superioritatis principes nostros reddit imperatores in suis territoriis, de quo consulatur elegans discursus dn. ab Eyben, qui extat *vol.* 2. *diss.* 9. *jur. publ. a b. dn. Fritschio collect.* imo facit haec, ut principes et status reliqui superioritate gaudentes plus possint, quam imperator in imperio. Hinc a publicistis etiam superioritas territorialis majestatis semula salutatur, vid. dn. Schweder *jur. publ. part. spec. sect.* 2. *cap.* 10 §. 3. ab aliis jus statuum imperii regium. Coler. *de jur. imper. Germ.* §. 39. Fritsch. *diss. de palat. princ. cap.* 7. §. 5. item jurisdictio omnimoda et suprema potestas. vid. Dohausen *diss. de jurisdict. territor. cap.* 1. §. 9. Myler ab Ehrenbach *de statibus imper. cap.* 14. *n.* 11. Ming. *de superiorit. territor. concl.* 54. Klock. *de contribut. cap.* 4. *n.* 304.

§. 5. Ex hac superioritate territoriali utpote statibus plenissime acquisita in *instrum. pac. art.* 8. §. *gaudeant.* fluit etiam annullatio illa processuum in summis imperii tribunalibus illis non auditis decretorum, vi *dicti* §. 3. *capitul. leopold.* Si scil. subditi contra principes suos superioritatem in territorio exercentes actionem instituant coram imperatore. Verba ita se habent: *Gestalten wir auch alle und jede dargegen und sonsten contra jus tertii, und ehe derselbe darüber vernommen, hiebevor sub et obreptitie erhaltene privilegia und exemptiones, samt allen deroselben clausulen, declarationen, und Bestaettigungen, wie auch alle darauff und den Reichs Satzungen zuwider, an Unsern Kayserlichen Reichs Hoff-Rath, oder Cammer Gericht zu Speyer wider die Landes-Fürsten und Obrigkeiten, ohne deroselben vorhero schrifftlich begehrten und vernommenen Bericht ertheilete processus, man lata et decreta praevia summaria causae cognitione vor null und nichtig erklaehren, und dieselben cassiren und auffheben wollen.*

§. 6. Atque haec poena nullitatis hoc casu eo magis extra dubitationis aleam posita est, quod et dudum jure communi romano sancitum reperiatur, quod mendax precator nihil agat. *l. si quis obrepserit* 29. *ff. ad l. Corneliam de fals.* Jacob Menoch. *cons.* 1. *n.* 139. quod pluribus deduxit dn. Praeses *disp. de falsitate precum principi oblatar. cap.* 4. §. 13. Propterea tamen asseri non debet, quod plane subditi contra principem suum provocantes ad imperatorem non sint au-

diendi, sed si mandata subditi contra vim principum petierint, non mox audiendi sunt, sed potius a limine judicii summovendi et ad debitam paritionem adhortandi *per alleg. artic.* 3. *capitul. leopold.* ibi: *Nicht leicht gehöret, sondern a limine judicii ab, und zu schuldiger parition an seinen Landes Fürsten und Herrn gewiesen werden.* Quod si vero causa ita comparata sit, ut querelae eorum non frivolae sint, nihilominus *literae informatoriae* primum exigendae sunt ab illo principe vel ejus regimine, contra quod querela mota est. Dispositum desuper est recessu *noviss. de anno* 1654. §. 105. ibi: *Den Unterthanen und Bürgern wider ihre Obrigkeiten die Processe nicht leichtlich erkennen, sondern vorhero um Bericht schreiben.* Idem sancitum est in *capit. Leopold. art.* 18. *et Josephi artic.* 17. add. illustr. dn. a Rhetz. *dissert. de liter. informat.*

§. 7. Itaque propter affinitatem hujus annullationis cum illa quae in *capitul. leopold. art.* 18. *et Joseph. art.* 17. necesse erit, saltum committere ordinemque articulorum paulisper transilire. Nimirum quae *in artic.* 3. *capit. leopold.* dicuntur, quod privilegia et exemptiones contra statuum jura quaesita debeant esse nulla, ea postea *art.* 18. ad omnia regalia jura statuum extenduntur, sequentibus verbis: *Und dieweil auch vorkommen, dass in Sachen hoher Landes-Fürstlicher Obrigkeit und Regalien als in specie juris collectarum, sequelae und dergleichen zu verschiedenen malen ad nudam instantiam subditorum, ehe und bevor Chur-Fürsten, Fürsten und Staende darüber gebührend gehöret, mandata cum et sine clausula ertheilet worden: Als wollen wir verfügen, dass in solchen Faellen dem letzten Reichs-Abschied gemaess, die interessirete Chur-Fürsten, Fürsten und Staende vorhin vernommen werden* (per literas informatorias) *bey dessen Hinterbleibung aber Ihnen verstattet und zugelassen seyn solle, solchen mandatis keine parition zu leisten.* Quae ultima verba satis innuunt ipso jure annullari et cassari illa mandata, quae contra principes, regalia sua jura exercentes, impetrantur ab aula caesarea, non praemissis literis informatoriis, conf. dn. Deckher. *tr. literis informator.*

§. 8. Pedem nunc retrotrahimus ad *art.* 4. *capitul. Leopold.* qui quidem tantummodo peculiaria jura et praerogativas ducis Sabaudiae prae aliis principibus Italiae concernit, interim tamen in fine notabilem annullationem complectitur. Nimirum constat ex monumentis fide dignis, plerosque Italiae principes et respubl. vassallagii nexu esse imperio obstrictas quod solide deducit Herman. Conring. aureo opere *de finib. imperii lib.* 2. *cap.* 25. add. Clariss. Schurtzfleischii *diss. sub titulo jus augusti in Italiam.* In hisce itaque italicis provinciis ducis Sabaudiae olim *vicariatus dignitas*, nomine imperatoris concessa est, quemadmodum in Germania vicarii sunt constituti saxo et palatinus, cui litem desuper movet Bavarus, quae disceptatio tamen non est praesentis instituti. De famosa hac controversia conf. interim dn. Thulemar. *de octovirat. c.* 22. §. 33. Gewold. *de septemvirat. c.* 11. Freher. *de origin. palatin. cap.* 15. *seqq.* Boecler. *not. imper. lib.* 4. *cap.* 3. Dn. Kulpis. *ad Monzamb. part.* 2. *cap.* 4. §. 8. Fritsch. *ad Limn. lib.* 3. *cap.* 12. §. 10. Gastel. *de stat. publ. Europ. cap.* 8. *n.* 8. Creditur vero communiter, quod Carolus IV. primus hanc dignitatem contulerit Sabaudiae Duci 1356. vid. Joh. Simler. *von regim. der Eyd-Genossenschafft p.* 264. alii vero in institutum referunt cum Cassiano *in defens. lib.* 2. *cap.* 2. *p.* 46. ad ann. 1366. Alii substituunt annum 1313. Henricum VII. Amadaeum V. hoc privilegio ornasse contendentes. Cruger *de novemvirat. imp. discurs.* 19. *p.* 387. add. Bodinus *de republ. cap.* 8. *n.* 127. Schütz. *jur. publ. vol.* 1. *disp.* 8. *th.* 9. Quamquam vero alii Italiae principes hanc vicariatus dignitatem Sabaudiae duci controversiam facere annixi sint, uti olim duces *mediolanenses*, vid. Sigon. *de regn. Ital. lib.* 20. et Schutzius *alleg. loc. lit. b.* ut et dux *Modenae et Rhegii*, Schweder. *jur. publ. part. spec. sect.* 1. *cap.* 33. §. 2. Prae omnibus tamen eminuit dux mantuanus. Hic ex investitura Ferdinandi III. vicariatum Italiae obtinuit, vid. Dieteric. *in not. ad a. bull. tit.* 5. *p.* 38. Verum quia haec investitura in praejudicium Sabaudiae erat facta, et praeterea sine consensu electorum unanimi, acriter illa investitura oppugnata est. Scripta publica desuper exhibet *diarium europaeum. p.* 710.

§. 9. Sabaudi causa tandem vicit, dum annullatio collegii electoralis 1658. facta in *capitul. Leopold. artic.* 4. *et Joseph. art.* 4. repetita et confirmata est his verbis: *So thun wir auch dasjenige, was das Churfürstl. Collegium jüngsthin untern dato den* 14. *Jun. an Ihn* (ducem mantuanum) *wegen Annullir- und Auffhebung des dem Hause Savoyen zum Nachtheil unterfangenen Kayserl. und Reichs-Vicariats und Generalats in Italien geschrieben, hiemit allerdings einwilligen, und bestaettigen, dergestalt, dass wir ob desselben Begriff festiglich halten, un die Hertzogen von Savoyen bey ihrer in Italien habender Vicariats-Gerechtigkeit und Privilegien gebührend schützen und handhaben wollen.* Additur tamen *in capit. Josephi art.* 4. notabilis clausula, quae hoc tempore ducem Sabaudiae merito ad partes caesareas trahere allicereque deberet: *welches aber jedoch auff die Condition gestellet wird, wenn sich der Hertzog von Savoyen denen on Ihrer Kays. Maj. von Reichs wegen publicirten inhibitoriis und avocatoriis gemaess bezeigen und verhalten wird.* Itaque facile ex hac clausula concludi poterit, quod non simpliciter et inalienabiliter Sabaudo prae Mantuano vicariatus dignitas concessa sit, sed demum in casum, si se fidelem imperii nostri principem gerat. conf. Pfeffing. *vitriar. illustr. lib.* 1. *tit.* 11. §. 2. *lit. e.*

§. 10. Punctus circa solemnia ceremoniarum, quando principes ipsi comparent in persona, vel si nomine suo mittant cum charactere repraesentativo, qui *Ambassadeurs* vocantur, vel sine charactere; ut ex difficilioribus et delicatioribus materiis est; ita etiam omni tempore haud leves controversiae in imperio inde ortum suum traxerunt, quas bonam partem excussit Kulpisius *de jur. legat. stat. imper.* Caesarinus Fürstenerius *de jure supremat. et legat. stat. imper.* et qui ante paucos annos facto nomine *Justini Presbeutae*, controversias statuum inter se ratione ceremoniarum non infeliciter decidit. Sigillatim vero *in capitul. leopold. art.* 5. disponitur, quod legati electorum, legatis regum, regiarum viduarum, et pupillorum quidem cedere teneantur, interim reliquis omnibus etiam principibus in persona praeferri debeant. De qua re ita legitur: *Denenselben* (regiis scilicet legatis) *aber die*

Chur Fürstl. Gesandten vor aller anderer auswaertigen Republiquen, Gesandten, und den Fürsten in Person ohne Unterscheid immediate folgen, auch dawider allen hiebevor per decreta und absonderlich anno 1636. oder sonst vorgenommen, oder verordnet, fürters abgestellet und Kraffitloss seyn soll.

§. 11. Unde patet, quod omnia decreta, quae contra hanc praecedentiam electoralium legatorum forte lata sunt, aut impetrari imposterum possunt, ipso jure nulla sint. Equidem legati Belgii foederati, ut et venetae reipublicae litem de praecedentia movent principibus electoribus eorumque legatis; quia utraque libera respublica est, neminem recognoscens superiorem praeter Deum et ensem, et utraque regna possidet, ea quidem differentia, quod olim regna Cypri ac Candiae ad Venetos pertinuerint jure proprio, a Turcis possessa: Belgium vero foederatum adhuc multos reges in orientali India tributarios sibi reddiderit. Verum quia legati electorum cum charactere representativo mittuntur, quod ex ipsorum literis credentialibus cognoscitur, regiis eodem charactere missis parificantur quoad ceremonias in potioribus aulis Europae, ceu patet ex Puffendorffii *historia* Friderici Wilhelmi *ad anno* 1688. *aliisque locis*, et praeterea principes electores *personali dignitate* fulgeant, quae deficit in rebuspublicis, nullum est dubium, quod jure meritoque sint praeferendi electorales legati legatis Venetorum et Hollandorum. In *ceremoniali* Christoph. Marcelli archiep. Corcyrensis *Romae* 1506. edito electoribus eorumque legatis post reges primus locus assignatur. Conf. Script. apud Londorp. *tom.* 2. *lib.* 2. *p.* 542. Imo electores in possessione praecedentiae sunt. Sic in Anglia princeps Nassovius et Weimannus legati brandenburgici supra belgicos locati fuere. Puffendorff. *historia* Frider. Wilhelm. *lib.* 9. §. 23. Huc pertinet etiam pactum collegii electoralis 1671. initum, vi cujus semet obstrinxerunt, nulli reipublicae aut ejus legatis praecedentiam concedere. conf. *Eitel Fried von Heerden in der Grundveste des H. Röm. Reichs p.* 2. *c.* 4.

§. 12. Inprimis vero hunc *art.* 5. *capitul.* et annullationem actuum decretorumque eidem contrariorum iniquo animo tulerunt principes, quippe qui nullo modo ferre cupiebant, ut ipsos in persona praecederent legati electorales. Hinc acriter huic praerogativae reluctati sunt, ut etiam propterea peculiare monitum in comitiis 1653. exhibuerint imperatori, quod extat apud Londorpium *negot. et actor. publ. tom.* 8. *tit.* 6. *cap.* 112. et *Eitel Fried von Heerden Grundveste des Heil. Römischen Reichs part.* 2. *c.* 5. *p.* 113. Ast quia haec praerogativa electoralium legatorum legibus publicis et in specie praesenti *art.* 5. confirmata stabilitaque est, ad minimum electores omni nisu in id allaborabunt, ut jus inde quaesitum salvum retineant; saltem in aula caesarea id ita observare imperator, tum et legati ejus in aliis locis obstricti esse videntur. conf. dn. a Kulpis. *alleg. tr. de jure legat. principum German. cap.* 14. §. 13.

§. 13. Progredimur *ad* §. 9. *Leopold.* qui plane novus est, nec de hac re aliqua occurrunt in praecedentibus capitulationibus. Etenim cavetur hoc articulo, ne civitates mediatae, municipalesque sub specie *foederis hanseatici*, aliisque praetextibus ejusdem indolis coeant, communes deliberationes instituant, ac tumultus excitent, cum instrumentum pacis solummodo electoribus et statibus immediatis, voto et sessione in comitiis gaudentibus potestatem foedera ineundi in suam suorumque subditorum salutem concedat ac indulgeat; subditis vero hanc potestatem nullatenus largiatur, sed potius illorum desuper forte impetrata privilegia et indulta *cassiret und auffhebet*, uti verba hujus articuli sonant. add. *instrum. pac. art.* 8. §. *gaudeant* 2. Nimirum impingunt ejusmodi indulta subditis concessa et foedera cum aliis ineunda, contra prima elementa politices, statusque civilis, ac portam aperiunt patentem rebellionibus, patente id nemine non politicorum. Quod vero olim principes statusque nostri foedus hanseaticum suarum civitatum cum exteris ac quo animo tulerint, vel propterea non est mirum, quod hujus foederis hanseatici initium inciderit in illa tempora, ubi superioritas statuum territorialis fere sub cineribus quiescebat, hinc qualicumque subjectione civitatum contenti erant, quas ferocientes ob opum ex commerciis copiam vix in ordinem redigere valebant militibus plerumque destituti, quippe quos tempore belli demum conscribere eo tempore moris erat. conf. Werdenhag. *tr. de civitat. hanseat.* et Hagemeir. *de foedere civit. hanseat. cap.* 2. Limnaeus *j. publ. lib.* 7. *cap.* 1. §. 64. Inde etiam proveniebat, quod principum potentia aucta, et foederatis civitatibus inter se, ob inaequalitatem lucri damnique collisis, foedus hoc fere expiraverit circa seculum XV. ut vix ejus usus ac vestigia superfuerint; teste dn. Schwedero *jur. publ. part. spec. sect.* 2. *cap.* 9. §. 7.

§. 14. Inprimis vero videtur huic articulo annullatorio ansam dedisse civitas *monasteriensis*, quae cum pro immediata imperii civitate semet venditaret, nec in eo imperatorem Ferdinandum III. aulamque viennensem faventem experiretur, anno 1637. Hagam ablegatos misit ad foedus in defensionem civitatis con ra episcopum ineundum. Quoniam vero Monasteriensibus obstabat, quod non liceat nisi immediatis civitatibus foedera cum exteris inire, immedietatem vero ipsi ab imperatore denegatam fuisse, illo praetextu usa est, quod virtute foederis hanseatici societatem inire liceret cum exteris, hoc spectare ad securitatem commerciorum ac viarum. Verum cum civitas praefracte negaret praesidiarios episcopi sui milites intra gremium suum recipere, tandem ab episcopo assistentibus vicinis obsidione cincta, capta, castelloque ad obedientiam redacta fuit. conf. Eric. Mauric. *in not. ad capitul. leopold. artic.* 9. Propterea capitulationi leopoldinae hoc articulo insertum est, quod omnia illa indulta olim vel impetrata a civitatibus municipalibus privilegia, ad foedera licite ineunda cum exteris, debeant ipso jure esse nulla irritaque. Quodsi itaque de facto civitas municipalis talia iterum susciperet, mox armata manu a domino suo ad obedientiam redigi poterit citra imperatoris cognitionem. Huc pertinent verba finalia *art.* 7. *capitul. leopold. Massen denn auch Churfürsten, Fürsten und Staenden zugelassen, und erlaubt seyn soll, sich nach Verordnung der Reichs Constitutionen, bey ihrer hergebrachten und habenden Fürstl. juribus selbsten, und mit assistenz der benachbarten Staende wider ihre Unterthanen zu manuteniren and sie zum Gehorsam zu bringen.* conf. omnino dn. Praesidis *diss. de via facti principibus imper. permissa cap.* 11. §. 8. *seqq.*

§. 15. Quantum irreparabile damnum provinciae,

aut regno afferant monopolia, h. e. potestas certas res vendendi paucis data cum exclusione aliorum, conf. h. dn. Fritschius *tr. de monopol. cap.* 2. loquitur experientia, et testantur etiam leges acerrime ista prohibentes *l. un. c. de monopol.* Sigism. Scaccia *de commerc. p.* 3. §. 1. *qu.* 7. *n.* 12. Inprimis vero inter alias salutares leges imperii nostri universales multae occurrunt, monopolia, quippe incrementa regionum impedientia, vetantes. Huc pertinet recessus *de anno* 1500. *von Wucherlichen Contracten, Monopolen, und Gewerben,* et recessus *de anno* 1512. conf. Besoldus *de aerario cap.* 3. *n.* 6. Sapienter itaque *in capitul. leopold. art.* 20. *et Joseph. art.* 19. provisum est, quod imperator privilegia ad monopolia spectantia, tamquam imperio exitiosa, nulli concedere velit, et si alicui ab antecessoribus concessa sint, illa, utpote legibus imperii contraria, annullantur irritaque esse jubentur *artic.* 20. ibi: *Dieselbige* (Mopolia) *vielmehr, als des Reichs Satz und Ordnungen zuwider, wiederum abthun und auffheben.*

§. 16. Hoc impedimento commerciorum Germaniae itaque sublato, sequitur aliud, non minus florentem commerciorum cursum insigniter sufflaminans, nimirum vectigalium terrestrium, quam fluviatilium copia. Hinc querelae, quod Germania quidem fluminibus navigabilibus non destituatur; sed teloniis ubique adeo onerata, ut vix cursus commerciorum per illa, aut certe cum magno eorum damno instituatur. Sic in *Visurgi* supra Bremam spatio 27. *miliarium* XXVI. diversa vectigalia deprehenduntur. Dn. Schweder *jur. publ. part. spec. sect.* 1. *c.* 20. §. 8. Nec pauciora vectigalia dantur in flumine *Rheno*, teste Mauritio *ad capitul. leopold. art.* 20. idem conqueritur de *Moeno, Neccaro, Odera, Albi, Danubio.* Dn. Schweder. *loc. cit.* add. Limnaeus *addit. tom.* 5. *ad lib.* 7. *jur. publ. c.* 7. Burgoldensis *ad instrum. pac. p.* 3. *disc.* 12. *n.* 5. et in *Limnaeo enucleat. lib.* 2. *cap.* 7. *n.* 4. *et ibi in addit. p.* 215. Itaque in *capitul. leopold. art.* 20. Imperator prohibetur alicui novum telonium in flumine concedere, sine consensu unanimi electorum, ita, ut nemo eorum dissentiat, et vicini status antea audiantur. Quia vero sub praetextu *Stapulae, Niederlage und Staffel-Gerechtigkeit,* a praetereuntibus navibus idem, imo plus exigitur, quam si verum telonium solvendum esset, simul cavetur, *dass alle und jede dergleichen, so wohl unter waehrenden Kriege, als vor denselben auff allen Ströhmen, und Schiffbahren Waessern des Reichs ohne Unterscheid neuerlich unmassen, vornehmen, und ohne ordentliche Verwilligung des Churfürstlichen collegii also ausgebrachte concessiones, oder sonsten ein und anderen Orthes vor sich nehmende usurpationes, unter was Schein und Nahmen auch dieselben erhalten werden, oder einiges Gewalt und Willens durchzuführen, gesucht werden möchten, null und nichtig seyn.* Quo autem eo minus de hac nullitate dubitetur, permittitur statibus gravatis per telonium ab alio, propriis suis viribus ab hoc onere se liberare; *Welcher sich damit beschwehret befindet, frey und bevorstehen, sich solcher Beschwehrung, so gut er kan, selbsten zu entheben.*

§. 17. Elegans exinde nascitur quaestio, *an scilicet hoc textu etiam simul annulletur novum vectigal institutum a principe in flumine demum ipsius sumptibus navigabili reddito v. c. per cataractas* (*durch Schleussen*) *aut alio modo?* Affirmativa sententia vel exinde tabiliri clarissime posse videtur, quia in adducto textu omnia nova vectigalia, sub quocumque titulo instituta, debent esse irrita et nulla, nisi per modum in § *praeced.* adductum instituantur. Accedit quod vectigalium impositio sit summe odiosa, hinc leges publicae eam prohibentes stricte sunt intelligendae, ut omnes species vectigalium simul vetitae et annullatae hoc casu statuantur. Quam odiosa jure communi vectigalia fuerint, testatur *l. ult.* §. *ad l. juliam. de vi publ.* ubi Paulus pronunciat, quod nova vectigalia exercens teneatur de vi publica; et per *l. un.* §. 3. *ff. ad l. jul. ambit.* crimen ambitus hoc casu quis incurrere potest. Verum hisce rationibus non obstantibus, sententia illa verior est, quod in flumine navigabili reddito nova telonia possint institui. Equidem duo posteriores textus juris civilis parum aut nihil faciunt ad decisionem hujus quaestionis, nam loquuntur de privatis personis vectigalia exigentibus a praetereuntibus. Hic vero versamur in controversia illustri inter principes. Itaque majus situm esse videtur pondus in capitul. *alleg. art.* ubi omnia nova vectigalia severe prohibentur et annullantur. Verum res salva est, si consideremus, de quibus vectigalibus textus loquatur. Scilicet prohibet nova vectigalia concedere aut erigere in loco, ubi jam alia instituta, veluti si in viis publicis vel fluminibus navigabilibus quaedam erigantur. Huc respicit ac collimat ratio *dicti articuli* 21. *Dieweil die Teutsche Nation und das Heilige Römische Reich zu Wasser und Lande am höchsten damit beschwehret.* Sic in medio *dicti articuli* mentio fit *aller Stroehme und Schiffbarer Wasser.* Cum itaque nulla lex publica imperii prohibitiva adsit, non apparet, quare a principe cataractas extruendas curante, non possit a navigantibus certum vectigal peti, quo impensae factae in aliorum utilitatem ipsis iterum resarciantur. Dum enim exinde insigne navigationis compendium vicinis praestatur, quis dicat injuste exigi vectigal? Hinc judice dn. Puffendorffio *de jur. nat. et gent. lib.* 3. *c.* 3. §. 7. favorabilia potius sunt vectigalia, ubi per industriam difficultas terrestrium itinerum veluti in compendium fuit missa. add. Grotius *de jur. bell. et pac. lib.* 2. *c.* 2. §. 14. *n.* 7. Plures adducere rationes in promptu foret, nisi omnia plena manu executus fuisset magnif. dn. Pro-Rect. Joh. Sam. Stryk. *diss. de jure cataractarum cap.* 4. §. 14. *seqq.*

§. 18. Multo minus praejudicium afferri potuit illis privilegiis, vi cujus telonia percipiuntur in fluminibus, quae ante tempora illa ab imperatoribus fuere impetrata, ubi electorum consensus viritim ad hoc per pacta et capitulationes nondum fuit necessarius. Siquidem hac clausula in modo *alleg. art.* 21. abunde prospectum est veteribus privilegii verbis. *Doch soll denjenigen Privilegien etc* Inter hos principes, jus quaesitum intuitu vectigalium aut stapularum ante capitulationes adeptum habentes, merito connumerantur sereniss. electores brandenburgici. Quippe hi speciale privilegium ab imperat. Friderico III. 1456. impetrarunt, ut in provinciis acquisitis et acquirentis possint pro lubitu nova vectigalia instituere et vetera augere, teste Joh. Limnaeo *tom.* 1. *addit. lib.* 5. *cap.* 7. et ad *artic.* 9. *capitul. Maximil. II. verbis*: *gar nicht gestatten pag.* 493. Hinc dubitat quidem initio dn. Heu-

niges *de potestat. imper. circa prof. cap.* 7. §. 1. annon istis privilegiis praejudicetur aut derogetur per *adductum artic. capitulationis.* tandem tamen inclinat in sententiam Limnaei *alleg. loc.* existimantis, non impediri jure suo, qui talia jura legitime nacti sunt. Hinc et juste provocavit ad hoc privilegium Joh. Sigismundus elector Brandenburg. in recessu concesso ordinibus marchicis dato Custrini d. 11. jun. 1611. conf. dn. Joh. Sam. Stryk. *alleg. diss. de jur. cataract.* 4. §. 19. qui verba recessus hujus ex Scheplitzio *de consuetud. marchic. part.* 4. *art.* 5. *n.* 3. et Limnaeo *annot. ad capitul. carol.* 5. *art.* 18. *voce Willen, etc.* adducit. Unde simul evinci potest, si salus provinciarum et utilitas exigat, nova jura stapulae introducere posse elect. Brand. Stapula enim nihil aliud est, quam vectigalis species. Hinc in *capitul. leopold alleg. artic.* illis stapula denegatur, qui jus vectigalium non habent. Quibus vero illud jus concessum est, possunt etiam stapulae privilegium concedere urbibus suis. conf. excell. dn. Thomasii *diss. de injusta oppositi superiorit. territ. et jurium majestatic. imperat.* §. 10. *et* 11. Hinc Rumelinus *ad a. bull. part.* 3. *diss.* 3. *p.* 773. definit stapulam per jus, vi cujus peregrinae merces in certo loco sistuntur, ut certum vectigal de iis praestari debeat. add. Beniamin Leuber. *in disquis. de stipul. saxonic. n.* 490. Wehner *obs. pract.* 5. *Staffet Recht.*

§. 19. Quodsi vero dudum quis jus quaesitum habuit, vectigalia sive telonia in flumine quodam exigendi; prohibetur in *subsequenti* §. 25. *capitul. leopold.* in specie, ne electores in exercitio hujus juris graventur, quin potius, si de facto vel durante bello privilegia nonnullis data sint, quibus eximuntur ab onere telonii, illa privilegia, si sine electorum consensu sint data, plane annullantur et irrita esse jubentur. Equidem non videntur electorum telonia adeo favore digna, quia teste Peucero *in vita Caroli IV.* imperat. Carolus IV. jure pignoris concessit electoribus telonia, eo quod centena millia aureorum singulis electoribus pro electo filio *Wenceslao* promissa solvere non posset. conf. Maurit. *annot. ad capitul. leopold. h. artic.* Hinc et Hippol. a Lapide *de rat. stat. imper. part.* 3. *c.* 3. *sect.* 2. pro malae fidei possessoribus electores habet, qui jure deberent ea telonia imperio restituere. Cui opponit quaedam Limnaeus *in not. ad capitul. Caroli V. art.* 25. §. 281. Breviter dicimus, supra jam adductum esse §. 1. *hujus cap.* quod omnes oppignorationes imperiales statibus sint confirmatae per *artic.* 3. *capitul. Leopold.* hinc frustra de earum origine discepiari; non solum vero hic electoralia telonia olim forte ab imperatore accepta confirmantur, sed et privilegia et exemptiones imperatorum concessae aliis sub poena nullitatis prohibentur.

§. 20. Cum principes ac status nostri bona sua immediata, provincias et terras sub clientelari seu feudali nexu possideant, ac recognoscant ab imperatore ac imperio; sequitur exinde, quod successio in illis jure feudali fiat, et si nullus successorum sit superstes, feuda illa aperiantur domino, id est, imperatori. Huic vero non integrum est, feuda titulata vacantia, v. c. principatus, comitatus, pro lubitu alteri iterum in feudum dare sine praescitu et consensu electorum, nec sine eodem fas est imperatori expectantiam in feudum istiusmodi concedere; quin potius illa destinantur redditibus et fisco imperatoris imperiique augendo. *capitul. leop. artic.* 30. add. Conring. *ad Lampad. part.* 3. *c.* 5. §. 26. A quo casu tamen merito excipiendus est electoratus, quippe qui si vacet, vi *a. bullae tit.* 7. §. *fin.* iterum suppleudus est. Quodsi vero expectantia in feuda majora ab imperatore detur sine consensu electorali, illaque expediatur in alia, quam cancellaria imperii, talis expectantia concessa est ipso jure nulla, per verba alleg. *artic.* 30. *fin. Welche bey einer andern als Unserer Reichs-Cantzley, und ohne Vorwissen der H. Churfürsten, inskünfrige ertheilet, und ausgefertiget werden möchten, gantz ungültig seyn.*

§. 21. Cum hac vero in patrimonium Caesaris redactione feudorum majorum apertorum, nullatenus confundenda est dijudicatio imperatoris, ab ipso solo suscepta in casu, si una linea extincta sit, et quaestio versetur inter agnatos, quis praeferri debeat. Tunc enim imperatorem juste valideque etiam solum pronunciare sententiam, plerique asserunt. Buxtorf. *ad a. b. th.* 62. Stamler *de reservat. imp.* §. 38. Carpzov. *de l. reg. germ. cap.* 9. *sect.* 12. *n.* 27. Dominic. Arumaeus *ad a. b. disc.* 3. *n.* 41. eum in finem allegantes *ordin. cam. p.* 2. *tit.* 7. §. 2. *ord. judic. aul. tit.* 2. *verb. Hohe und Niedere Lehn.* Quo faciunt etiam praejudicia, in causis principum a solo imperatore decisa, quae adducit dn. Schweder. *jur. publ. part. spect. sect.* 1. *cap.* 9. §. 11. Quamvis vero haud pauci sint, qui contrariam sententiam amplectantur, et hoc casu ad jus principum, vulgo *Fürsten Recht* provocant, vi cujus imperator in causis principum, quae ipsos principes, eorumque bona, honorem et vitam concernunt, *in Sachen die eines Fürsten Land, Leute, Fürstenthum und Lehn oder Leib und Ehre betreffen,* absque consilio, votisque ordinum imperii, tamquam parium curiae, cognoscere non possit. vid. dn. Textor *ad recess. imp. noviss. disp.* 1. *th.* 66. aut. script. ap. Londorp. *tom.* 1. *actor publ. c.* 5. *p.* 23. Conring. *disp. de jud. imp. th.* 48. Myler *de princ. imp. c.* 20. *n.* 12. Burgold. *ad instrum. pac. part.* 2. *disc.* 20. *th.* 3. Limnaeus *j. publ. lib.* 2. *c.* 9. *n.* 32. Furstener *de supremat. cap.* 26. Dn. Schilter. *inst. jur. publ. lib.* 4. *tit.* 5 §. 3. Attamen res facile componi poterit, si quaestio super feudo vacante inter agnatos separetur a controversia, ubi princeps feudo propter delictum enorme plane privari, bonoque feriri debet. Priori casu soli imperatori competit judicium; posteriori vero adhibendi sunt saltem electores, eorumque consensus necessarius est; quod praeter observantiam vetustam imperii clare innuunt capitulationes. vid. *capitul. leopold. art.* 28. ibi: *Ohne Vorwissen, Rath, und Verwilligung des Heil. Reichs Churfursten, welche sich des Wercks nicht theilhafftig gemacht., in die Acht und Oberacht gethan. etc.* conf. *verba fin. ejusd. artic.* add. dn. Praesid. *diss. de foro princip. et privat. commun. cap.* 1. *n.* 109.

§. 22. De jure et exercitio monetam cudendi statibus concesso leges publicae imperiales eo magis sollicitae deprehenduntur, quo major confusio in vitam civilem redundare possit, si hoc jure abutantur status. conf. Kitzel. *de jure monet. class.* 1. *theor.* 8. Hinc etiam prohibitum est, regale hoc monetam cudendi alteri locare, vendere. *recess. imper. de anno* 1594.

§. 102. Quodsi vero de facto suscipiant, etiamsi hoc fiat alteri statui, eodem jure monetandi gaudenti, poena 40. marcarum auri puri dictatur. *per eumdem* §. 102. add. *recess. imper. de anno* 1551. §. 46. Conductor vero 10. marcis punitur. *Müntz-Ordnung de anno* 1559. §. 173. praeterea privantur jure monetam cudendi. *Müntz-Ordnung de anno* 1559. *alleg.* §. *seq.* add. dn. Praesid. *diss. de temerator. jur. monet. cap.* 2. §. 1. Caeterum cum varii sunt modi adulterandi monetam, quos luxus et inde provenieus indigentia hisce nostris temporibus ad ultimum gradum stupendae nequitiae perduxit, de quo pluribus consulantur scripta anonyma sub tit. *Entlarvetes bose Müntzwesen ed.* 1690. *Discurs. von heutigen corrupten Zustande des Müntzwesens* 1687. et alia scripta, quae collecta sunt *in actis monetariis Augustae vindel. fol. edit.* hinc necessitas postulavit, acerbioribus legibus poenalibus huic malo, quantum fieri poterit, mederi. Hac intentione etiam *capitul. leopold. artic.* 34. cautum est, quod status, qui convicti sunt, quod monetam cudendam curaverint, contra pedem et ligam in legibus imperii praescriptam, et sic ipso facto jure suo exciderint, opeque circulorum regali jure hoc privandi sint, non debeant restitui ab imperatore, nisi iterum accedat consensus electorum. Eadem poena mediatarum civitatum (quales sunt v. c. *Braunsweig, Lüneburg, Hannover, Halberstadt, Osnabrüg, Münden, Münster, Hildesheim, Gottingen, Nordheim, Rostock, Stetin*, vid. Arnisaeus *de jure maj. lib.* 2. *cap.* 7. Dn. Schweder. *jur. publ. part. spec. sect.* 1. *cap.* 22. §. 2. Dn. Praes. *diss. de jur. princ. circ. rat. civit. cap.* 3. *n.* 132.) si jure regali monetandi abutantur contra leges iis praescriptas, hoc jure plane excidunt, illudque plane amittunt sine ulla cognitione, aut judicis declaratione, Maurit. *ad capitul. leopold. art.* 34. vel ut verba capitul. *loc. cit.* sonant: *Und solche Müntz Gerechtigkeit Ihnen gaentzlich geleget, cassiret, und ferners nicht ertheilet werden.*

§. 23. Insignia itaque et eximia sunt jura, praerogativae ac praeeminentiae statuum imperii nostri prae omnibus aliis regnorum ac rerumpublicarum proceribus et ordinibus, si juribus suis secundum normam praescriptam dextre utantur. Hinc etiam ab omni retro memoria sedulo caverunt, ut in possessione jurium regaliorum, jure proprio ab iis possessorum, se tuerentur. Quod etiam eo facilius obtinuerint, quo majori studio electionem liberam imperatorum prae successione haereditaria conservarunt, equidem tempore stirpis carolingicae obtinuit ratio constituendi imperatorem ex libera electione, et haereditaria successione mixta, ita ut non facile a stirpe regia ad alium inclinarent, quamdiu ibi idoneus successor superesset, ceu supra *cap.* 1. §. 2. ex idoneis auctoribus illud jam assertum est. Verum postea Carolingi proceres libertate sua in eligendo imperatore usi sunt. vid. Conring. *diss. de septemvirat.* Maurit. *ad capitul. leopold. art.* 36. Eamdem libertatem adhuc hodie servant, licet ex archi-ducali domo austriaca, ob varias rationes politicas, per secula nonnulla Imperatores non interrupta serie electi sint. conf. dn. Schweder. *jur. publ. part. spect. sect.* 1. *cap.* 1. §. 19. Haec libertas eligendi ne propterea damnum pateretur, cautum est *in capitul. leopold. art.* 36. Hinc clausula illa annullatoria adjicitur ibi, quod tam haec libertas eligendi electoribus principibus salva, illibitaque manere debeat, quam etiam jura *vicariatus* durante interregno sarta, tectaque conservanda sint: *Wo aber darwider etwas von jemand gesucht, gethan, oder die Churfürsten in deme gedrungen würden, dass doch keines weges seyn sol., dass alles soll nichtig seyn.*

§. 24. Dum vero salus imperii publica nititur exacta observantia legum fundamentalium, quae per modum placitorum, pactorum et conventionum inter caput et membra imperii initae sunt; vid. *supr. cap.* 1. §. 7. *in fin.* ne imperator existimaret, sibi tantummodo capita in capitulationibus praescripta sancte servanda esse, in genere ad potiores leges fundamentales stricte observandas adstringitur, vid. *art.* 38. *capitul. leopold.* Hinc prohibentur rescripta, mandata, commissiones imperatoriae aut ejus consilii aulici contra *a. bullam, constitutiones imperii*, etiamsi illae posterum, emendentur, *pacem religiosam et profanam, pacem publicam, ordinationem cameralem* 1556. *editam, ordinationem imper. executionis, pacem monasterio Osnabrügensem et anno* 1650. *factum recessum executionis*, etiam alias leges et *ordinationes* jam factas, aut imposterum per imperatorem, electores, principes et reliquos status edendas. Possemus quidem singulas hasce species legum publicarum pluribus illustrare, simulque indigitare, quando et occasione latae sint, quid constituant; verum ne nimis prolixi simus, contenti erimus, brevibus auctores recensere, qui fusius de hisce legibus egerunt; quales b. dn. Eric. Maurit. *annot. ad capitul. leopold. art.* 2. Dn. Schweder *jur. publ. part. gener. cap.* 2. *seqq.* Dn. Pfeffinger *in vitriar. illustr. lib.* 1. *tit.* 2. *n.* 8. *seqq.* Caeterum quo imperator eo sanctius has leges sibi observandas esse credat, in ipsa *leopold. capitul. art. alleg.* 38. clausula annullatoria omnibus actibus imperatoriis, hisce memoratis legibus contrariis, additur sequentibus verbis: *oder aber diesen und andern vorgemelten Articuln und Puncten einiges zuwider erlanget, und ausgehen würde, dass alles soll kraffitoss, todt und abseyn, inmassen Wir es auch itzt alsdann, und dann als itzt hiemit cassiren, todten, und abthun etc.* Cui correspondet titulus eodicis *si contra jus vel utilitatem publ. vel per mendacium aliquid fuerit postulatum vel impetratum.*

§. 25. Praeterea, quando in *all.* §. 38. dicitur: *von Niemand nichts erlangen, noch auch, ob Uns etwas dergleichen aus eigener Bewegnis gegeben waere, oder würde, nicht gebrauchen in keine Weiss*, mirum alicui videri possit, cur verba illa sint inserta; cum illud citra hanc stipulationem videatur clarum esse, dum imperator in his terris neminem habet superiorem, et consequenter nemo potest ipsum hac promissione vel obligatione solvere. Verum si consideremus, quod papa, tamquam praetensus vicarius Christi in his terris, et caput spirituale ecclesiae visibilis, hanc potestatem sibi arroget juramentorum et aliarum obligationum civilium vincula laxandi, de qua re fuse actum est *cap.* 2. §. 10. *seqq.* non poterit amplius in obscuro esse, cur ista renunciatio imperatoris adjecta et praescripta sit. Hinc a vero non aberrat Mauritius *in annot. ad h. art.* quando existimat, sine dubio hic notari papam romanum, ut ita sit sensus, nolle imperatorem a pontifice petere absolutionem a juramento et obligatione servandi hanc capitulationem a-

liasque leges imperii. Si vero forte pontifex motu proprio eam concedat, se ea non usurum.

§. 26. Constituta sunt duo summa tribunalia imperii ad decidendas tam causas principum et statuum inter se, quam etiam imperii subditorum mediatorum, si causa per appellationem eo devoluta, vel alias quoad primam instantiam eo pertineat. Judicium scil. camerale, nunc Werzlariae residens, ut et judicium imperii aulicum, eo loci constitutum, ubi Caesar residentiam suam habet. Haec vero judicia suprema habent concurrentem jurisdictionem, quod latius exponunt Limnaeus *jur. publ lib.* 9. *cap.* 4. Arumaeus *i. p. vol.* 1. *disc.* 13. *q.* 4. Paurmeist. *de jurisdict. lib.* 2. *cap.* 5. Dn. ab Andler *jurispr. lib.* 2 *tit.* 1. *p.* 1. §. 10. Fritschius *ad Limnaeum loc. cit.* §. 5. Hinc Caesar in camera pendentes causas avocare nequit, quod clare satis innuit *Die Reichs-Hoff-Raths Ordnung tit.* 2. *art.* 35. ibi: *So wollen wir auch, dass Unser Reichs Hoffrath sonsten, und in den Fuellen, darinnen Wir, und unsere Vorfahren am Reich, Unseren Cammer-Gericht concurrentem jurisdictionem, zu mehrer Beforderung der Partheyen, und Unser Ubertragung, mitgetheilet haben demselben seinen starcken Lauff lassen, und per avocationem causarum nicht verhindern, wann nemlich solche Sachen allbereit daselbst durch ausgewirckte und insinuirte citation anhaengig gemacht worden*. Fortioribus adhuc terminis prohibitum idem est in *capitul. leopold. art.* 42. ubi ejusmodi avocationes annullantur et ipso jure irritae redduntur per verba: *Die am Kayserl. Cammer-Gericht zu Speyer aber anhaengig gemachte, und noch im unerorterten Rechten schwebende Sachen von dar ab und von Unsern Reichs Hoff-Rath nicht gefodert, noch von Uns auffgehoben, und dagegen inhibiret, oder sonsten auff andere Weise rescribiret, auch was dagegen vorgenommen, als null und unkraefftig vom Cammer-Gerichte gehalten etc.* Quod tamen merito limitandum existimo, nisi illa avocatio fiat consensu statuum imp. judicium enim camerale non a solo Caesare, sed omnibus statibus dependet.

§. 27. Inter reservata imperatoria, quibus eminet imperator in imperio, illud ex praecipuis fere est, quod sit fons omnium dignitatum, potestateque gaudeat, duces, comites, barones et alias titulatas dignitates largiendi dn. Schweder. *jur. publ. part. spec. sect.* 1. *c.* 7. Myler. *archolog. cap.* 9. *sequ.* Limnaeus *jur. publ. lib.* 2. *c.* 9. *n.* 23. Praeter alias vero cautiones imperatori observandas, hoc casu et illa *capitul. leopold. art.* 44. inserta, quod diplomata dignitatum ex nulla alia cancellaria v. c. bohemica, austriaca, quam imperiali debeant expediri. Secus vero si fiat, omnia illa diplomata annullantur verbis: *Wie dann Krafft dieses alle dejenigen diplomata, so bey einer andern, als Reichs-Cantzeley unter Unsern Kayserl. Titel und Nahmen, Zeit wehrender Unserer Kayserlichen Regierung expediret, hiemit null und nichtig seyn.* Utut enim imp. etiam qua rex Bohemiae vel archidux Austriae eadem potestate conferendi dignitates gaudeat; cum tamen haec dignitatum collatio ad decus imperii pertineat, aequitas postulat, ut in nulla alia cancellaria quam imperii diplomata perficiantur. Accedit emolumentum, quod non exiguum est ratione harum dignitatum, ceu patet ex *taxa dignit. imper.* Ne tamen imper. hac ratione sibi praejudicet, quoad jus conferendi dignitates intuitu domus Austriacae competens, novissime cautum est in capitulat. Josephi *art.* 43. si forte imperatori libuerit jure domus austriacae alicui dignitatem illustrem conferre, hanc ubivis in imperio pro legitima agnoscendam esse, modo diploma collatae dignitatis non nomine caesareo, sed archiducali expediatur; salva tamen adhuc conventione cum electore Mogunt. tamquam imperii archi-cancell. desuper ineunda.

§. 28. Inprimis vero notabilis annullatio est quae in *art. sequ.* 45. *capitul. leopold.* occurrit, ubi statutum est, quod illi, quia a sacra caesarea majestate dignitates eminentes impetrarunt, interim tamen intra *tres menses*, a tempore factae potestatis ampliorem titulum assumendi, diplomata ex cancellaria non petunt, taxamque ordinariam solvunt, concessis illis dignitatibus plane excidere debeant, sive ut verba germanica sonant, *sich der verwilligten Gnaden und Concessionen zu rühmen, oder deren sich zu gebrauchen, von Uns keines Weges zugegeben, oder verstattet werden, sondern Unsere Kayserli. Begnadigung solchen Fals nach erwehnten Termin ipso facto hinwieder gefallen, cassiret, und aufgehoben etc.* Nimirum necessaria fuit haec annullatio dignitatum nondum plene concessarum, cum teste b. dn. Maurit. *annot. ad capit. leopold. h. art.* nonnulli novae dignitatis titulo, vel privilegio obtento, non soleant diplomata ex cancellaria redimere, nihilominus tamen titulum istius dignitatis, aut privilegium usurpare. Unde inter alia initio hujus *art.* 45. querelae instituuntur, quod taxa et inde provenientes redditus cancellariae imperialis adeo imminuti sint ac decreverint ut vix stipendio ministris cancellariae solvendo sufficiant. Maurit. *loc. cit.*

§. 29. Atque haec sunt, quae nobis articulos illos capitulationum novissimarum, quibus clausula annullatoria adjecta est, meditantibus in mentem venerunt. Equidem potuissent illa plenius excuti, si non jam labor sub manibus crevisset; et nisi etiam difficultas materiae pedem figere jussisset. Interim si alicubi rem acu non tetigi, veniam dabit b. l. et illa, quae desunt, ipse pro benignitate sua supplebit. Caeterum Deo immortali gratias ago humillimas pro viribus corporis et animi hactenus mihi in studiorum academicorum cursu benignissime suppeditatis, cui et porro me, meaque studia commendo.

TANTUM.

DISPUTATIO SEXTA

DE JURE PROHIBENDI EXSTRUCTIONEM FORTALITIORUM,

D. NOV. MDCCIII.

RESPONDENTE

FRIDERICO CUPNER. REGIOMONT. BORUSS.

INGRESSUS.

Moris est, ejusque quam frequenter usurpati, dissertationibus academicis praemittere praefationes, in quibus maximam partem de necessitate et utilitate materiae, quam sibi tractandam sumpsere, verba faciunt, atque ita institutum scribendi lectoribus commendare summa ope nituntur auctores. Non equidem negligenda vel postponenda opera eorum, qui id prae caeteris sibi negotii dari credunt, aliis ut placere possint, quoscumque componunt labores; neque culpandi illi, qui aptis prooemiis in aliorum gratiam se insinuare student; indulgendum namque, ut formam quisque ingenii in scribendo exhibeat; ii tamen, qui subinde necessitatem et utilitatem suarum materiarum extollunt, nae illi parum verecunda tractationis suae ponunt principia, et eorum alii magis forsan ex consuetudine, quam necessitate ita praefari; alii vero defectu commodae materiae dicendi ad istiusmodi argumentum, quod fere in omnes potest transferri causas, recurrere videntur; idemque tam saepe factitarunt, tamque frequenter jam usurparunt, ut jure meritoque tandem modum ab iis poscere queas; eo magis, dum, qui ita prooemiantur, aliorum judicio suos eximere labores, atque ita anticipando, quod ab aliis expectare debebant, sibimet ipsis exhibere videntur judicium. Istius moris, ut non adeo sum amator ita nec ejus imitator esse debui, ne propria me redarguat culpa, et ne, quod in aliis improbavi, ipsemet sequi videar. Nihilominus ne animos eorum, qui consuetudini praefandi adducti adhaerent, in ipso limine offendam, vel censuram ipsorum, qui sine praefationibus quamcumque tractationem imperfectionis arguunt, primae incurrant lineae, pauca praefari constitui; nescius an professione instituti, vel occasionis scribendi labor hicce meus excusatior, gratior vel laudatior futurus sit. Scilicet de materia haud dissimili ante annos triginta, et quod excurrit, sub eodem, quo ego utor, praesidio in academia viadrina, quaedam meditatus est venerandus parens meus, ejusque de fortalitiis habita dissertatio, inter monumenta academica, quae celeberrimum excellentissimi dn. praesidis nomen prae se ferunt volumine 1. relata extat: advertebam statim, cum animum ad scribendum appellerem, quantum fortunae isti, qua ex ore tanti viri, scientiam juris haurire licuit, accessurum esset, si sub ejus auspiciis publica eademque disserendi mihi contingeret facultas, et felicitas, qua parens meus ante tot lustra gavisus; judicabam praeterea, non incongruum fore, si materiam haud dissimilem a paterno illo themate eligerem, ratus illud exemplar mihi optimum, quod mihi conjunctissimum, eumque potissimum imitandum, cui natura me voluit esse simillimum. Annuit non tantum vir excellentissimus, quam potius consiliis suis auctor ad id faciendum fuit; adeoque utriusque voti compos factus, non inter postremas felicitatis meae juvenilis partes refero, sub praesidio tanti viri in publicum prodire. Ex diffusissima materia de fortalitiis unicum punctum de jure prohibendi elegi, idemque in praesenti exhibeo. In quo elaborando (quod ingenui est fateri) sublevarunt me multis curis et aliorum egregiorum virorum labores, qui in hoc studio quicquam fecerunt, quosque venerari addecet, quorumque vestigia legere et implere potui. Collegi ea, sparsim ab aliis inserta atque suis quaeque locis dicta. Meum fuit, illa potissimum, quae quasque commode circa hanc materiam dixit, sedulo pensitare. Notissima interdum elegi, et cum electis cer-

tavi. Tota itaque tractatio versabitur circa jus prohibendi extructionem fortalitiorum, ea methodo, ut per plures controversias vagata, de singulis quid sentiam, aperiam, et in decisione quaelibet subsistat et finiatur controversia.

SUMMARIA

Expositio rubricae dissertationis. §. 1.
Quibusnam competat jus extruendi fortalitii. §. 2.
Stamleri sententia. §. 3.
Dn. Fritschii dubitatio. Veteres optime calluerunt artem muniendi. Gentiles cuilibet provinciae Deum tutelarem dabant. Pontificii sanctis suis defensiones provinciarum et urbium concedunt. §. 4.
Transitio ad ulteriorem tractationem. §. 5.
De jure prohibendi imperatoris contra status. §. 6.
Argumentum pro imperatore. §. 7.
Stamleri argumentum. §. 8.
Aliud argumentum ejusdem Stamleri pro imperatore. Responsio ad argumenta et exempla Stamleri. §. 9.
Continuatio prioris responsionis. §. 10.
Concluditur imperatori non esse jus prohibendi. §. 11.
Status gaudent jure prohibendi contra imperatorem. §. 12.
Ulterior probatio. §. 13.
Nemo in alterius territorio quid extruere potest. §. 14.
Furstnerii regalia transeuntia notantur. §. 15.
Confirmatio pro distinctione territoriorum. §. 16.
Notatur factum Ludovici Salii. §. 17.
An tempore necessitatis in alterius ditione fortalitium erigere liceat? §. 18.
Quid Grotius et Puffendorffius sentiant. §. 19.
Responsio ad exempla, quae opponi possunt. §. 20.
Argumentum ex capite humanitatis. §. 21.
Modi aliqui licite extruendi in alterius territorio. §. 22.
De jure prohibendi ex pactis. §. 23.
Quid tempore induciarum liceat? §. 24.
Jus prohibendi competit ex privilegio. Exempla civitatum, quae gaudent jure prohibendi ex privilegio. §. 25.
Quid hodie ista privilegia valeant? §. 26.
De jure prohibendi propter aemulationem. §. 27.
In hac materia ad jus civile recurritur. §. 28.
Quid sit aemulatio? §. 29.
Quid de illis sentiendum sit? Discursus cujusdam legati. §. 30.
Hobbesii testimonium. §. 31.
Major plerumque invidia in prohibentibus, quam extruentibus. §. 32.
Argumenta Alberici Gentilis. §. 33.
Subditi non gaudent jure muniendi. §. 34.
Notatur Nicolaus Boerius. §. 35.
Explicatio leg. 10. cod. de aedificiis privat. §. 36.
Judicium de argumento ex leg. 10. desumpto. §. 37.
An universitati competat jus muniendi? §. 38.
An jus civitatis competat jus muniendi? §. 39.
Rationes affirmantes. §. 40.
Responsio ad praecedentia. §. 41.
Continuatio priorum. §. 42.

§. 1. Locus quidem hic postularet, ut dissertationis titulum et verba, quibus futura tractatio exhibetur, enuclearem; eam enim necessitatem nobis imposuerunt methodici, idque eorum leges exigere videntur. Sed cum pleraque ita comparata, atque adeo nota sint, ut ipsorum intellectus facilis, neque metuendum, dubiam aequivocationem lectores in sensus alienos et aversos deducturam esse, ita ab eorum aequanimitate et indulgentia veniam impetraturum confido: si praetermissis superfluis et inanibus scrupulis, hoc labore in praesentiarum abstinuero. Vocabulum juris esse valde ambiguum, variasque recipere significationes diffiteri non possum; at enim vero earum quaedam ita comparatae, tamque alienae a praesenti tractatione sunt, ut non nisi valde jejunus de illis cogitare possit; in aliis vero recensendis quamplurimi auctores ante me fuerunt occupati, quorum opera me huic labori fecit supersedere, vid. Hahn. ad Wesenb. *tit. de justitia et jure n.* 14. Molin. *de j. et j.* 1. *disp.* 2. Lessius *de j. et j. l.* 2. *dub.* 2. Imo vix erunt tot significationes vocabuli juris, quam auctores, qui ejus explicationem jam ante me saepissime susceperunt juxta ac felicissime exhibuerunt. Sufficiet itaque dixisse vel potius repetiisse ex Grotio *lib.* 1. *de jure belli et pacis cap.* 1. §. 4. jus esse qualitatem moralem ad aliquid habendum vel agendum; quorum sensum si in compendio verbis aliis, non tam ad philosophiam, quam communem usum aptatis exponimus, res eo redit, quod principibus, imperantibus et statibus usta aliqua facultas asseritur, vi cujus varias ob causas prohibere possunt, ne alii, qui aeque admittendi ad hoc jus videbantur, vel quibus conditio status obstat, munimenta extruant. Reliquorum verborum significationes nemini obscurae esse possunt; quid enim sit prohibere, quid sit extruere lexicographi abunde suppeditant, taliaque nemo ignorare praesumitur, nisi qui admodum expers est latinarum literarum. Vocabulum fortalitii tandem quod attinet, usus communis id et civitate donavit et satis notum reddidit; sufficiat interim meminisse, quod in praesenti tractatione pro omni genere munitionis, quae recedit ab illo custodiendi modo, quem privati communiter omnes et quisque bonus paterfamilias adhibere solet, quique proprius ad illas bellicas artes, speciem novarum rerum moliendarum habentes accedit, acceptum velimus.

§. 2. Prius vero, quam ad tractationem praesentis materiae descendamus, et inquiramus, quisnam et ex quibus causis unus prae caeteris jure prohibendi gaudeat, paucis attingere attinet, cuinam regulariter jus extruendi fortalitia competat. Scilicet ex genere permissorum est, et ad illud omnes principes statusque imperii summa potestate et superioritate territoriali gaudentes admittendos esse, ad minimum nostro tempore apud plerosque in dubium et in confessum est. Tametsi enim, quotiescumque rem paulo altius ab origine repetere et ad priora tempora respicere volu-

mus, deprehendamus non omni tempore jura statuum aequalia fuisse, sed varietatem imperii varietatem jurium imperantium secum duxisse, nostro tamen aevo, postquam superioritas firmas ubique egit radices, jura illa quae olim controversa et dubia reddebantur, quiete hodie possessoribus suis relinquuntur. Maxima cum voluptate me huic labori manciparem, et ex ordine priorum seculorum repeterem, quomodo jura statuum initia et incrementa coeperint, quasque varietates semper sustinuerint; sed veterum illorum reputatio longius me latura esset, et vereor ne alii laborem istum supervacaneum et a scopo alienum judicaturi, adeoque ejus operosae investigationis parum gratiae habituri sint. Haud equidem ignoro ex illo quoque tempore, quo statuum jura magis emergere magisque lucere coeperunt, non defuisse, qui eadem subinde impugnare, opprimere, obfuscare, nedum suis scriptis extinguere gestierunt. Verum et pristina, et nostra aetas tulit viros cordatos rerumque probe intelligentis, qui fortiter se hisce opposuerunt; et adversarii illi superioritatis territorialis experiendo didicerunt, non solum quam id praestare difficile fuerit, imo fieri non potuerit, sed eo fere res devenit, ut veritas illa: tantum posse principes et status in suis territoriis, quantum imperator in imperio, abierit in commune proverbium. Quod ita appellare non veritus fui; commune enim facile dixeris, quod in vulgi ore jactatur, sive quod vulgatum et tritum est, teste Reinkingio *de regim. secul. et eccl. lib.* 1. *clas.* 5. *c.* 6. *n.* 4. Quam vetustum enim illud sit (qui enim ejus natales inquirunt, ad tempora Bartoli et Baldi, imo antiquiora id referunt, vid. dn. Hertius *lib.* 2. *de paroemiis juris paroem.* 3. §. 2.) frequens tamen scriptorum juris publici usus non passus, ut dictum hoc situ obductum sit, vel ferruginem contraxerit; quippe asserente Waremundo ab Ehrenb. *de sub. regn. c.* 15. *n.* 15. nullus hodie libellus a Jcto vel politico conscriptus in publicum prodit, qui non vulgatam hanc paroemiam contineat: et innumera eorum fere nomina videre licet apud auctores qui sine suo oribus loqui erubescunt, Mylerum ab Ehrenbach *de princip. et statib. imperii part.* 1. *c.* 14. §. 8. *et seqq.* Klockium *de contribut. c.* 4. *n.* 144. *et seqq.* it. Reinhing. *loco sub citato.* Quinimo non in hac solum assertione substiterunt, sed aliqui eorum eo progressi, ut, comparatis inter se juribus imperatoris et statuum, asserere non dubitarint: plus posse status in suis territoriis, quam imperatorem in imperio. *Visi sunt,* inquit *Furstner. de suprem. c.* 13. *p.* 59. *sibi bono viri rem magnum pro principibus dixisse, cum manifestum tamen sit, multo majorem esse principum potestatem in sua terra, quam imperatoris in imperio;* quod suum assertum et exemplis et rationibus prolixissime exsequi solent, quibus ego referendis et defendendis hac vice abstineo, edoctus a judiciosissimo viro dn. Thomasio *in dissert. de injusta oppositione jurium superiorit. territor. et reserv. imperat.* §. 26. ejusmodi locutiones comparativas, quae non ad aequalitatem et amorem, sed ad ostendendam inaequalitatem et dissidium promovendum adhibentur, periculi et invidiae plenas, adeoque vitandas esse.

§. 3. Forsan ergo non amplius metuendi illi, qui cum Stamlero totum imperium, omniaque regalia, in quorum censum recte retuleris jus fortalitiorum apud solum imperatorem residere, et in ejus marsupio esse, dicere soliti sunt. Ausim namque affirmare, illa hodie a statibus quoque possideri; et nisi me omnia fallunt, talia quoque in ipsorum sunt statuum marsupiis; utrum vero ex liberali imperatoris beneficentia haec cimelia acquisita teneant, an vero imperatores ita tenaces fuerint ut sensim sensimque unum vel alterum quandoque excutiendum fuerit, inquirendum esset? Utrumque tamen sua verisimilitudine mihi non destituis videtur. Hodie statibus de superioritate sibi competente satis prospectum, postquam non tam in publico pacis instrumento; vide famosissimum *art.* 8. §. 2. *instr. pac. Osnab.* quam aliis pactis, vid. *capitul. Leopoldi et Josephi*, qua imperatorem inter et status intercedere solent, ea, quae in talibus negotiis adhiberi solet, sanctitate promissum sit, quod jura ipsis debita (inter quae utroque in loco jus muniendi relatum videre licet) sarta atque intacta esse debeat. Id certum est, jus hoc postquam semel acquisitum, merito maxima quoque cura custodiri atque conservari a principibus, utpote quo ad salutem et tranquillitatem reipublicae, ad defendendas provincias, hostes averiendos, omnemque securitatem praestandam nihil commodius, nihilque magis necessarium est.

§. 4. Adeoque non possum assequi, qua mente dn. Fritschius in *tractat. de fortalitiis* postquam statibus id asseruerat *cap.* 4. *n.* 39. epiphonematis quasi loco hanc quaestionem annectere voluerit: an jus muniendi statibus competens, Germaniae quoque expediat? quam tamquam odiosam aliis decidendam relinquit. Etenim si generaliter quae de utilitate fortalitiorum disseruntur huc trahere et applicare velit, nescio an multorum consensum consecuturus sit. Ea namque argumenta, quibus fortalitiorum utilitatem destruere solent, magnam temporum simplicitatem vel superstitionem arguunt, et jamdudum irrisa illa vetustate, nostrorum temporum opinionem antiquis illis ingeniis anteponimus. Suo tempore jam de hac quaestione sollicitus fuit Aristoteles, et illos, qui civitates muris circumdari vetant, prisce, hoc est, stulte nimis, ut interpretatur Zieglerus *de jur. majest. lib.* 1. *c.* 35. *in fine*, sentire judicavit *lib.* 7. *polit. cap.* 11. §. 5. Quinimo nec omnibus priscis una semper super hoc mens fuit, idque vel eo constare potest, quod maxima cum sollicitudine olim artem muniendi didicerint et calluerint. Quippe tantopere in hoc studiorum genere et artificio excelluerunt, ut hodierna industria ipsos vix ac ne vix quidem assequi possit. Unicum ejus rei dabo exemplum, quod relatum legi apud Diodorum Siculum *Biblioth historic. lib.* 4. *c.* 13. scil. Daedalum tanto artificio unam partem civitatis Agrigenti muniisse, ut tres vel quatuor viri ejus defensionem sustinere, hostemque commode arcere potuerint. Quod qua arte, quove modo, factum, vel fieri potuerit, iis judicandum relinquo, quibus talia scrutari commodum est, et qui artis muniendi peritiores sunt. Mihi sufficit exemplum munitionis allegasse, quod omnes admiraturos, paucos imitaturos esse, credo. Superstitio vero illa paganorum, qua cuilibet provinciae et civitati peculiarem attribuebant Deum et Genium, cui curam et defensionem committebant, qui exitium ab urbis tectis, templis, moenibusque arceret, non tam jucunda, quam ridicula erat. Romani obsidentes aliquem locum munitum, ne cum Superis decertare, vel

Deos oppugnare viderentur, ad putativos genios illos tutelares vota sua dirigebant, et honestissimis verbis secessum suadebant, cum sponsione melioris cultus, si vellent ad ipsos accedere. Et quod sine jucunditate legi non potest, si forte ignorarent, cujus generis vel sexus, mitrata an pileatus esset tutelaris, qui praesideret, in ancipiti illa dubitatione ad utrumque genus virile et foemineum preces vertebant formula sequenti: *Si Deus, si Dea es, cui populus civitas*, e. g. Carthaginensis *est in tutela, teque maxime ille, qui urbis hujus populique tutelam recepisti, precor venerorque, veniam a vobis peto, ut vos populum civitatemque deseratis, loca templa sacra urbemque eorum relinquatis, absque his abeatis, eique populo civitatique metum, formidinem, oblivionem injiciatis, proditiique Romam ad me meosque veniatis, nostraque vobis loca templa sacra urbs acceptior probatior sit, mihi populoque Romano militibusque meis propositi sitis, ut sciamus intelligamusque. Si ita feceritis, fovere vobis templa ludosque facturum*: vid. Macrob. *Saturnal. l.* 3. *cap.* 9. Transierunt ista tempora, quibus superstitio pro virtute erat; nisi forte reliquias adhuc apud pontificios, qui sanctis suis curam hanc quandoque imponunt, existere dixeris. Hi enim interdum sanctorum sanctarumque cohorti salutem suarum urbium acceptam ferunt, et notum est, quod Sancta Cunigunda civitati Bambergensi tantum tutelae et defensionis exhibuisse credatur filo rubro serico, quantum ne fortissimae munitiones et instructissimus exercitus praestare solent. Nescio tamen, an omnes aequalem fiduciam in hisce Sanctis collocent; hodie namque non tam genîis et angelis, quam angulis bene firmatis confidunt, et omnem fere elementorum ordinem, ignem, terram, aquam in societatem assumere solent, ut eo melius securitati salutique regionum prospiciant. Certum est, principes summos satis edoctos de fortalitiorum utilitate probe intelligere, non aliud ad totius provinciae salutem illustrius et fructuosius, quam loca habere munita, quae amicis praesidio et tutelae sunt, periclitantibus asylum et refugium praestant, inimicis vero et invidis metum terroremque incutere possunt. Non ergo capio, cur Germania hoc favore defraudanda sit, et quam ob causam utile non esse possit, ut statibus hoc jus, quod ipsis debitum esse ab ipso Fritschio assertum est (cum ratione enim eos insanire dicit, qui de eo dubitant *cap.* 3. *n.* 1. *dissert. de fortal.*) permittatur. Germania exposita variorum invasionibus bene opus habet, ut plurimi de ejus salute sint solliciti. Universis solet esse bene, quando singulis bene est. Hoc jus muniendi ad dignitatem principum pertinet, et si ab ipsis exercetur, in utilitatem patriae cedit; non invidendum itaque quod status in societatem defensionis patriae admissi, neque id Germaniae sine omni fructu esse facile dicendum est.

§. 5. Sed satis et fere jam nimium insertum hic est de utilitate fortalitiorum, qui potius id agere debui, ut ostenderem, quibus jus extruendi competat. Quod dum ex natura superioritatis territorialis, ex instrumento pacis, ex capitulatione, principibus statibusque imperii assertum sit, necesse erit, ut illis, qui hoc jure arcentur, aliquid de ornaria sua facultate detractum, et aliis, qui jure prohibendi gaudent, aliquid accesserit. Quae quidem ad certa capita et puncta redigi possent, sed praestat haec omittere, quam ejusmodi angustioribus limitibus liberiorem tractationem includere.

§. 6. Auspicabimur ab ipso capite imperii imperatore, investigaturi, an quid juris singularis in ipso sit, quod praesenti tractationi commode inservire possit; quaestionis itaque est, an imperator statibus imperii in suis territoriis munitiones erigentibus id interdicere possit? Diversae hic sunt opiniones, et quod jam plurimi ante me observarunt, prout quisque partibus imperatoriis addictus, vel statibus adhaeret, ita hac in quaestione alter affirmat, alter negat; praeeuntem affectum facilis sequitur calamus: atque ita introducitur sententiarum diversitas, quaeque opiniones initio singulae sunt, tales mox esse desinunt, postquam amore et studio partium, alii aliis sese adjungunt gregatim. Magnu numerus est auctorum, qui pro partibus caesaris stant, autumantes, caesareo consensu opus esse statibus munimenta exstructuris in suis ditionibus, quorum aliquos vide apud Schwederum *jure publ. part. special. sect.* 1. *c.* 29. §. 3. Non minor vero est numerus eorum, qui id negant, sed principibus et statibus liberam facultatem sua territoria muniendi asserunt. Adversarios hic excutere, operae pretium erit. Equidem qui dicebant hoc muniendi jus, et alia ejus generis, ad reservata imperatoris pertinere, et ipsa haec regalia esse quasi sanctum sanctorum in quod nemo intromittitur, vid. Reiking. *de regim. sec. et ecclesiast. lib.* 1. *class.* 4. *cap.* 19. *n.* 126. in ipsis haerere humidum radicale, et facultates vitales ipsius principatus animae, ipsa esse vehiculum regiae dignitatis, quae nemini nec petere nec concedi fas sit, nisi princeps homicida propriae dignitatis fieri vellet, id. *lib.* 1. *cl.* 5. *c.* 6. *n.* 96. *et* 97. ab illis olim aegerrime aliquid obtiuendum fuit. At enim, postquam tot egregii viri haec vulgaria dudum labefactarint, non sine suspicione, quasi quid eorum studiis semulum afferre velim, haec iterum aggredi licet. Argumenta tamen illa, quibus jura statuum dubia reddere voluerunt, dum illa in usum suum convertere possunt alii, illi scilicet, qui eodem cum antiquis feruntur spiritu, non penitus negligenda, sed paulo examinanda sunt.

§. 7. Ex testimonio Limnaei *de jure publ. lib.* 4. *c.* 8. *n.* 226. sunt quidam, qui hoc utuntur argumento dicendo: quia statibus denegatum est jus civitatis, eam ob causam multo magis inhibitum esse jus muniendi, utpote quod majori adhuc praejudicio imperatori sit. Respondebatur olim ad hoc argumentum, committi petitionem principii, et dubium per aeque dubium probari. Talibus vero non amplius indigemus ambagibus, cum nullus locus dubitationi relictus sit, postquam tot egregii viri jus dandae civitatis statibus jam non solum asseruerint, vid. excell. dn. Thomasium *de jure dandae civit.* et Schwed. *jus publ. part. special. sect.* 1. *c.* 18. *n.* 4. sed et exemplis ita confirmarint, quibus indies convincimur, ut denuo de illo quaerere, esset media in luce coecutire, et dubitare sine ratione de jure, cui nemo contradicere audet. Recte itaque argumentum invertitur contra illos veteranos: status habent jura civitatis, ergo etiam jus muniendi. Quod ita intellectum velim, non quasi jus dandae civitatis aliquid conferret ad jus erigendi munimenta, illa enim consequentia vacillaret: sed quod haec jura hodie in una, eademque persona concurrant, ita ut qui

unum habet, altero quoque gaudeat; et ambo licet inter se distincta et diversa sint, ex eodem tamen fundamento, nempe jure superioritatis territorialis fluunt.

§. 8. Porro Stamlerus utut in hoc puncto dubius haereat, magis pronus et proclivior tamen esse videtur in illorum sententiam, qui imperatorium consensum a statibus exigendum arbitrantur, *vid.* §. 64. *de reserv.* Maxime ad id promoveri videtur, quod imperator suam auctoritatem in status, citra suum consensum extruentes, exercuisse, ipsisque saepissime destructionem munimentorum imperasse legitur. Refertae sunt passim historiae illis exemplis, ex quorum ingenti numero aliqua dabimus. Sic Mulheimium ad ripam rheni situm anno 1417. matura habita deliberatione in concilio constantiensi cum principibus, comitibus et nobilibus fidelibus imperii ad decretum imperatoris Sigismundi destructum est, vid. Goldast. *tom. u. ad d. a.* Idem secunda vice expertum est Mulheimium, cum Guilielmus Juliacensis munitionem denuo moliretur, cujus facti meminit dn. Fritsch. *in dissert. de jure fortalit. c. 4. n. 14.* quo loco ex Anton. Coler. *de imper. germ. sect.* 26. Rescriptum caesareum refert. Trahunt insuper huc argumentum ex recessu imperii de anno 1557. obi destructio Grimmensteinii decernitur, adjecta clausula, *dass nun fürbass hin keine Vestung daselbst angefangen, gebauet oder auffgerichtet werden soll.* Respondent auctores passim ad haec et similia exempla, quaeque habent Limnaeus *de j. p. l. 8. c. 4. n.* 243. et Fritschius *d. l.* eo collimare videntur, quod propter varias circumstantias hae prohibitiones fieri potuerint, quodque ea, quae specialibus in casibus facta, regulae loco haberi nequeant. Colligendum potius inde, liberam statibus muniendi competere facultatem, quia ejusmodi speciali interdicto opus non fuisset, si generaliter hoc ipsis prohibitum. Iisdem itaque exemplis diversi in contrariis causis utuntur auctores, ut non immerito dixeris cum Poëta:

Quid juvat exemplum, litem quod lite resolvit?

Penitior inspectio et consideratio horum exemplorum hanc responsionem forsan adjuvare potest, quam ob causam eam, usque dum afferam, quid de exemplis istis sentiendum existimem, hic inserendam duxi; illud unicum addens, prohibitionem ex consensu et deliberatione statuum factam, longe diversam esse ab illa, quae a solo imperatore proficiscitur.

§. 9. Urgetur et hoc argumentum, quod cum priori magnam affinitatem habet, scilicet quotiescumque status quid novorum fortalitiorum extruere voluerint, semper prius imperatoris consensum requisiverint, qui id speciali indulgentia et privilegio petentibus, concesserit. Tale privilegium impetravit Francofurtum ab imperatore Ludovico, Spira a Sigismundo, vid. Lehman *chron. spirens. lib. 7. c. 57.* Fritschium et Limnaeum *dd. ll.* et qui majores adhuc suppetias fert dn. Hertium *dissert. de superior. territ.* §. 19. Regeruntur ad haec ab auctoribus multa, quae cum legi possint apud illos, quorum mentionem feci, operae pretium non futurum est, si illa vel summo tetigerim digito. Fatendum est, exempla, tam quae apud Limnaeum quam Hertium extant, ita comparata esse, ut veritas ipsorum in dubium vocari nequeat, cum fide optimorum historicorum nitantur; minus tamen recte ista adhiberi hodie in definiendis principum statuumque juribus credo. Equidem illi, qui talibus ex longinquo exemplis instructi incedunt, illisque aliquid obtinere student, illi maximam, eamque intolerabilem μετάβασιν εἰς ἄλλο genus committere videntur. Quod ita acceptum velim, non quasi ista studia antiquitatis vilipendenda existimem; bene gnarus, qui illis destituuntur, in hoc studiorum genere altero quasi lumine carere; et nunquam satis commendari potest opera eorum, qui indies magna cum cura, quae ad adjuvandam et ornandam scientiam juris publici pertinent, ex antiquis monumentis eruunt; illi tamen, qui omnem oculorum aciem ad pristina secula dirigunt, et ex factis priorum seculorum regulam perpetuam, eamque nostro tempore valituram facere contendunt, iidem ipsi altero oculo quoque carere videntur, et aliter fieri nequit, quam ut semper post tergum respicientes, in rebus, quae quasi ante pedes sunt, quandoque coeculiant. Natura humana quotidie novas producere studet formas, ut in *praef. ff. tanta* §. 18. dicitur; et quis non advertit statum hodiernum longe diversum esse ab illis seculis, ex quibus illa exempla mutuantur? Transeo antiqua, quae passim indigitari solent, et si propior tantum tangere vellem, nemini obscurum vel dubium videbitur, alium statum fuisse procerum Germaniae ante pacem westphalicam, quam post illam. Adeoque non mirum est, quod pro temporum diversitate, pristinis illis seculis, haec muniendi jura impetraverint principes. Nam illa aetate, qua superioritas territorialis adhuc in herba latebat, si quae ex illis juribus, quae tum reservata imperatoria vocabantur, impetrare volebant, omnino consensu imperatoris opus fuit. Ad illa tempora referendum, quod jus metallifodinarum sine concessione gratiosa imperatoris non permittebatur, de quo vid. *constit. Henrici 6ti de anno* 1179. apud Goldast. *tom. 3. constit. imper. pag.* 362. vid. dissert. dn. Praesidis *de jure principis subterraneo cap. 2. n. 12.* Ad illa ipsa secula pertinet, quod majores electorum brandenburgicorum molendinum in suis fluminibus aedificaturi, consensum imperatorum sollicitarunt; eo ipso tempore factum, quod jurisdictio criminalis municipiis eorumdem electorum ab imperatore privilegio concedenda fuit, vid. dissert. excell. dn. Thomasii *de injusta opposit. jurium maj. et reserv.* §. 19. Quas privilegiorum concessiones hodie insuper habent, si quid istorum jurium exercere placet statibus, postquam tractu temporis quaedam horum jurium larga imperatoris manu principibus concessa, ut de illis amplius nullus dubitandi locus relictus sit, et rerum facies dudum longe aliter se habeat, statusque nostrorum temporum sit o quantum mutatus ab illis?

§. 10. Quod si vero ejusmodi privilegia etiam sequioribus seculis adhuc impetrata deprehendes, nil id morari credo. Nescio enim, an haec mea conjectura aliis aeque probabilis videri possit, quod successu temporis, quo superioritas paulatim sese erigere et caput extollere coepit, eamdem consuetudinem, consensum imperatorium impetrandi, aliquamdiu retinuerint status. Namque aequo facile animo ferre poterant, si in juribus illis impetrandis vel concessis, privilegii mentio fieret. Eo enim tempore, id perinde habuisse mihi videntur, modo jure desiderato gaudere vel frui possent. Neque ex ratione temporis tum consultum erat, de concessionum formulis morose disputare, cum

impetrantes insuper habebant, an jure sibi debito, an privilegii nomine exercerent, quaecumque volebant jura. Quae omnia tamen hodie cautius tractanda, istaque privilegia superflua vel nihil necessaria sunt illis, qui haec omnia vi superioritatis territorialis plene possident. Quocirca recte inter privilegia domus bavaricae olim ob Ottone tertio concessa retuleris, quod omnia oppida et loca quaevis munire potuerint istius domus principes. vid. *dn. Ludwig. german. princeps lib. 3. cap. 4. §. 3.* Tale vero dudum esse desiuit, nec amplius privilegium, nec jus singulare dixeris, quod omnes possident principes. Et ad id, extantibus recentioribus constitutionibus, hodie provocare, et ejusmodi argumentum ex longinquo petitum accersere velle, non tam operosum quam supervacaneum esset, in probando aliquo jure, de quo nemo dubitat.

§. 11. Remotis itaque argumentis, quae apud illos, quorum mentibus prisca illa adhuc inhaerent, dubiam quodammodo reddere possent hanc, quam jamjam allaturus sum, conclusionem, opinor consensu imperatorio non opus esse statibus, nec imperatori jus esse prohibendi, quando in suis ditionibus nova munimenta erigere volunt. Concessa enim superioritate territoriali, concesso jure belli, cujus annexum est jus fortalitiorum, extante imperatoris expressa resignatione, quod principibus sua jura intacta sine controversia relinquere velit, vid. *recessum imper. aug. de anno* 1548. §. *Wiewohl auch in der Regierungs-Handlung.* it. *recessum de anno* 1582. §. *Wir wollen darneben.* §. *Doch denen Churfürsten und Staenden an Ihrer hergebrachten Ober- und Gerechtigkeiten dadurch nichts benommen*, it. varias in capitulationibus caesareis promissas securitates, *Churfürsten, Fürsten, Gruffen, Herren und Staenden, bey Ihren Hoheiten, Würden, Rechten und Gerechtigkeiten, Macht und Gewalt, jedem nach seinem Stand bleiben lassen, ohne unsere und maennigliches Eintrag und Hinderung*; secure conclusioni insisto, quod imperator nullum jus prohibendi habeat; his enim fundamentis innixus, nemini offendiculo praesens erit definitio; et utut diversa sit ab illa priscorum opinione et exemplis, non tamen merebitur reprehensionem illam, quam generatim Grotius intendit scriptoribus modernis *lib. 1. tr. de jure belli et pacis cap. 3. §. 6.* quod nostro seculo magis quisque ex usu rerum praesentium, quam ex vero argumenta persequatur. Non enim tangit illos, qui legibus, constitutionibus imperii, quicquid dicunt et asserunt, corroborant, quod in praesenti puncto fecisse, quodammodo persuasus sum. Antequam vero finiam, et a praesenti materia discedam, referre juvat, quam caute hic sese gerat celeberrimus dn. Hertius: *nos*, inquit, *nihil temere definimus, si tamen consilio locus est, suaderemus ut munimenta in finibus maxime extructuri, Caesaris consensu opportune se muniant; ne pacti vel consuetudinis violatae aut aemulatus convicti cum pudore et damno exaedificata demoliri cogantur, vid. dissert. de superioritate territoriali §. 19.*

§. 12. Jam si vertatur quaestio, et si de statuum jure solliciti simus, quid apud illos residet, num jure prohibendi gaudeant, si imperator sibi in animum ducat, nova munimenta in ipsorum territoriis extruendi? Decisio quoque est invertenda, et quod in prioribus §§. ratione imperatoris negavimus, id hic affirmandum. Fluit hoc ex superioritate territoriali, quae cum variis ll. publicarum sanctionibus, ut modo retuli, statibus asserta, summa merito cura custodiuntur, jura inde promanantia, neminique locus dandus, illorum quaedam in statuum praejudicium usurpandi. Illi sane, qui de reservatis imperatoriis ubique verba facere consueverunt, haec sua reservata et hic juribus statuum immiscere et quandoque dicere solent: statibus quidem competere jus muniendi, imperatorem tamen solum unum et eximium esse, in quo quid praecipuum ac singulare valeat. Imperatorem tamquam dominum supremum sibi reservasse plenitudinem potestatis, pro arbitrio in terris statuum disponendi. Imperatoris territorium ubique esse, eumque, si quid in statuum terris agat, id in suo agere habendum esse; ad solis lucem disparere stellas, cessare jura statuum praesente imperatore, praesente leone quiescere caetera animalia: quae et similia tamen non tantum inter formulas loquendi suspectas, sed abrogatas, ad quas amplius nec agitur nec judicatur, recte retuleris.

§. 13. Etenim arbitrium illud imperatoris valde restrictum est in statuum terris, quas ipsi suo nomine soli administrant, neque in societatem jurium competentium quemquam admittunt. Regulariter nullum jus imperatori remansit in ditionibus statuum, quod in ipsorum praejudicium exercere possit, inquit illustriss. dn. Baro a Friesen *in dissert. de jure princip. extra territ. c. 1. n. 41. p. 13.* Et satis superque de hac materia cautum videtur statibus. Praeter varias enim antiquas sanctiones, quibus caretur, ne alter alterius territorium violet; pra terquam quod jam olim in comitiis norimberg. Adolphus 1293. statuit: nulli licitum esse, munitionem in alterius comitis comitatu erigere, nisi petita ejus licentia vid. *constit.* a Frehero *edit. cum comm.* et Goldast. *tom. un. constit. ad d. a.* et praeter antiquiores illos recessus *de anno* 1548. §. *Wiewohl auch in der Regierung, recess. de anno* 1582. quos praeeunte excell. dn. Thomasio *in dissert. de injusta opposit. reserv. et jur. superior. terr.* §. 15. superius allegavi, in ipso instrumento pacis westphalicae constitutum, quod quotiescumque nova munimenta intra statuum ditiones extruenda, vel vetera novis firmanda praesidiis, id fieri non aliter debeat, nisi de comitiali liberoque omnium statuum suffragio et consensu, *vid. artic. 8. §. 2.* Quam cautionem in omnibus capitulationibus sibi ac statibus repeti curare solent electores. Quinimo, ut ex illis mox constabit, ingruente bellica necessitate, quae alioquin magnum patrocinium et favorem largiri solet, ne tum quidem imperatori integrum esse, munimenta in terris statuum erigendi, expressis verbis cautum legimus in *articulo* 13. utriusque capitulationis, et invictissimi Leopoldi et serenissimi regis Josephi verbis sequentibus: *Wo Wir von des Reichs wegen, oder das Heilige Reich angegrissen, oder bekrieget würden, alsdann mogen Wir uns aller Hulff gebrauchen, jedoch sollen und wollen Wir weder in wehrendem solchem Kriege, noch auch sonsten in der Churfursten, Fursten und Staende Landen und Gebiete keine Vestungen von neuen anlegen oder bauen, noch auch zerfallene wieder auffrichten etc.* Quae quidem sufficere videntur ad ostendendum, quod jus prohibendi recte competat statibus contra imperatorem; satis enim perspicua est illa argumentatio, cu-

jus consensu opus est ad aliquid faciendum ille jus habet contradicendi et prohibendi, si id neglecto suo consensu suspiciam.

§. 14. Superiores hi paragraphi docuerunt, quid principibus in suis territoriis competat, quod territoria ipsorum ab aliis ita separata et distincta sint, ut nemo sibi in illis quid vindicare possit. Veritas istarum conclusionum ita comparata est, ut regulam inde conficere possimus, et dicere: principes regulariter omnes gaudentes juribus superioritatis territorialis, gaudere jure prohibendi, si in ipsorum terris quis vicinorum fortalitium extruere velit. Fluit hoc sua sponte ex supremo dominio, quod in ditionibus suis cuique principum competit, quodque non patitur, ut aliquis in ejus exercitii societatem sese ingerat. Quantacumque enim principis vel maximi potestas sit, suos tamen agnoscit terminos, quam absoluta sit ejus majestas, illa tamen quoque suis est circumscripta limitibus, et quousque fines ditionis sese extendunt, eousque se porrigit omnis potestas.

§. 15. Notari adeoque meretur Caesarinus Fürstenerius *in tract. de suprematu cap.* 20. *ab initio:* ubi jus erigendi munimenta ad regalia transeuntia refert. Tametsi enim illa distinctio regaliorum in immanentia et transeuntia, si eorum exercitium respicias, quodammodo tolerari possit; nescio tamen, an omnia a Furstenerio dicto loco cumulata exempla satis exquisite et convenienter cum definitione regalium transeuntium collecta et apposita sint. Sunt ipsi regalia transeuntia jura, quae in alios atque extra territorium sese porrigunt. Talia vero esse jus belli et pacis, jus foederum, utpote, quae regulariter extra territorium cum aliis principibus summis geruntur, extra omne dubium est; an vero ejusdem cum hisce sint naturae reliqua, quae sequuntur; jus munimenti struendi, armamentarium erigendi, jus repressaliorum, merito ambigas. Certo enim persuasus sum, haec et similia in alienis ditionibus, non nisi cum offensione dominorum territorii suscipi et exerceri posse, quamdiu non bonam ipsorum veniam impetravimus, vel aliis pactis licentiam tale quid faciendi nobis acquisivimus. Intellexit haec omnia quam optime ipse Furstenerius, adeoque nescio, quomodo consistere possint, quae *cap.* 12. *p.* 52. habet, ubi dicit: semel admisso, quod quis pro lubitu copias in alienas terras introducere, urbes praesidiis insidere, castella struere possit, perire regionum illarum, quae id pati coguntur, suprematum. Quam ob causam in exemplo repressaliarum observavit do. Praeses *in dissert. de via facti c.* 1. Regalia transeuntia exerceri quidem adversus exteros, minime vero extra territorium. Cujus asserti veritas et perspicuitas satis probata est, quemadmodum omnia magni hujus viri.

§. 16. Et quidem nescio, an operae me facturum pretium, alii judicaturi sint, si diutius huic probationi insistere vellem. Suppetunt hic antiqua monumenta, quae ostendunt sine ulla laesione et usurpatione cuilibet sua relinquenda esse territoria: ad instantiam Marchionis de Hochberg Rudolphus imperator *anno* 1279. generalem edixit sanctionem, ne quis qualiscumque conditionis exstiterit, in alterius comitis comitia castrum vel munitionem qualemcumque extruere debeat, vid. Limn. *in addit. ad lib.* 4. *cap.* 8. *p.* 633. et in comitiis norimbergensibus *anno* 1295. Adolphus imperator statuit: nulli licitum esse munitionem erigere de novo in comitatu alicujus comitis, nisi petita et obtenta ejus licentia, vid. *constit.* a Freher. edit. et Golda t. *tom. un. constit. ad ann.* Porro, cum sub specie defensionis in ecclesiasticorum ditionibus, seculares principes quandoque jura summa usurpare, ibique munimenta erigere vellent, Fridericus secundus in conventu Francofurti habito *anno* 1220. in gratiam episcoporum constituit, ut nulla aedificia castra videlicet in gratiam episcoporum constituit, ut nulla aedificia castra videlicet seu civitates in fundis ecclesiarum construantur, seu occasione advocatiae, vel alio quocumque praetextu, et si quae forte constructa essent contra voluntatem eorum, quibus fundi attinent, diruantur regia potestate. Quae constitutio extat apud do. Schilterum *jure publ. tom.* 2. *tit.* 15. *n.* 7. *pag. m.* 113. et apud Bower. *lib.* 15 *annal. trevir. ad ann.* 1220. Quemadmodum et hujus rei vestigia atque testimonia passim in juribus illis veteribus deprehenduntur. In utroque namque speculo svevico et saxonico inculcatur, quod sine comitis et supremi judicis cujuslibet provinciae consensu, *ohne des Land Richters Urlaub* nullibi oppida vel castra muniri debeant, vid. specul. svevic. *cap.* 234. *et seq.* et specul. saxon. *lib.* 3. *art.* 66. Verum et hodie sine talibus constitutionibus res expedita est, ubi territoria quisque sua possidet distincta, et jura, quae exinde et ratione superioritatis competunt, summa cum cura et sollicitudine custodiuntur; promittit insuper imperator, se curaturum, ne quis in juribus suis violetur, ita ut nemo aliquid tentandi in ditione vicini, sibi facile in animum inducturus sit.

§. 17. Praetermittere tamen non possum, quin data occasione hic interseram modum, quo Ludovicus II. (a Sala fluvio, vel a saliendo Salius dictus) Landgravius Thuringiae impedimentum hocce evitare voluit, et evitavit. Cum enim in venatione, amoenitate cujusdam loci, qui spectabat ad dominum de Franckenstein, caperetur, et non videret, qua ratione, quaque specie juris in loco illo castrum extruere posset, hoc consilii cepit. Noctu per quosdam suorum ministrorum aliquam partem terrae ex sua finitima regione illuc transferri jussit, atque ita in suo aedificare videri volebat. Inter aedificandum, cum ipsi a vero loci domino lis moveretur, prompta aderat excusatio, quod in sua terra strueret; et ad veritatem et fidem faciendam offerebat se, vel testibus vel jure urando rem probare. Invenit vero duodecim equestris ordinis homines, qui cum eo, consenso monte, enses suos in terram, quae illuc congesta erat, figebant et jurabant, se in Landgravii terram suos condidisse gladios. Qua ratione etiam obtinuit jus quaesitum Landgravius, et arcem istam, quae vocatur Wartburgum, eo tempore scil. *an.* 1080. aedificando absolvit, vid. Limn. *tom.* 1. *addit. ad lib.* 4. *cap.* 8. *n.* 238. haec referentem ex Dress. *Isag. hist. part.* 5. *pag.* 338. Quod factum, si ad exempla perversae jurisprudentiae, vel negligentis judicis, vel parum vigilantis et solliciti adversarii retuleris, ubique locum habere potest. Et nescio an (ut cum Plinio dicam *lib.* 8. *epist.* 18.) ita decipere, pro moribus illorum temporum prudentia fuerit, vel an seculo isti, contra talia artificia, omnia beneficia juris, quibus ad talia avertenda quis uti potest, defuerint. Hodie si tale quid contingeret, quam lata et ampla tum disserendi materia esset de bona

fide, de fraude legi non facienda; quam commode et quanta cum laude ibi juris civilis et praeprimis Jcti Labeonis posset fieri mentio, qui talem casum fere multis seculis ante prospexisse et decidisse videtur *in l.* 24. §. 2. *ff. quibus modis ususfructus amittatur*. Ignorabantur haec quidem isto seculo, et tempore isto quo jus civile oblivione sepultum in pulvere jacebat, talia usurpare quidem non licebat; nihilominus tamen commode haec potuissent abesse, et quanta etiam illorum temporum simplicitas fuisse credatur, talem tamen facile licuisset advertere iniquitatem. Nostro seculo nemini talia usurpandi vellem esse auctor; resquit namque ejusmodi artificia, et si ad artes quandoque recurrendum, subtiliores amat, quam illae Ludovici Salii fuerunt.

§. 18. Quamquam itaque regulariter semper in proprio solo, nunquam in alieno, nisi cum metu supervenientis prohibitionis struere vel aedificare liceat fortalitium, video tamen afferri ab auctoribus passim, dictisque hisce addi talia, quae prioris asserti limitationes esse possunt. Communiter huc referri solet necessitas, magnum illud humanae infelicitatis patrocinium, et commune subterfugium; quae quoties in causis bellicis allegatur, specialius, nescio an et favorabilius nomen sortitur, et appellatur *raison de guerre*. Illa necessitas multa ut palliare solet, et fere ea omnia excusare, quae via facti fiunt et suscipiuntur, ita quoque adhibetur ad excusandam extructionem fortalitii in alieno territorio.

§. 19. In eam inclinare et propendere sent ntiam, et necessitati favere videtur summus Grotius *lib.* 2. *cap.* 2. §. 10. ita tamen, ut certis conditionibus et limitationibus hanc tempore necessitatis in alieno territorio aedificandi competentem circumscribat licentiam. Requirit, ut pium sit illud bellum, in quo id fieri debeat, ut non imaginarium, sed certum sit periculum, ne hostis eum locum invadat, et inde irreparabilia damna det; ut nihil sumatur, quod non ad cautionem sit necessarium, puta nudi loci custodia, relicta domino jurisdictione et fructibus; tandem, ut fiat animo reddendae custodiae, simulatque necessitas illa cessaverit. Quae cautiones, quam multiplices, quam variae etiam sint, non videntur tamen Puffendorffio sufficere, qui insuper alias adjicit, quas videre licet in opere *de jure nat. et gent. lib.* 2. *cap.* 6. §. 8. *in fin.* Quorum tamen uterque, Grotius scil. et Puffendorfius satis circumspecte mihi locuti et egisse videntur. Nam si prioris illius omnes illas, quas enumeravi, limitationes conjunxeris, et praecipue si penitius introspexeris illa, quae insuper addidit Puffendorfius, nescio an hi illustres auctores ullam aliquam veniam necessitati dederint, et an non potius omne jus prohibendi contra illum, qui favore necessitatis in alterius territorio aliquid insoliti et indebiti agere velit, salvum esse et retinere voluerint. Collatio et penitior consideratio eorum locorum, ad quae paulo ante digitum intendi, id facile docere potest.

§. 20. Nihilominus verum est, haud raro tale quid contigisse, et tempore necessitatis impune cessisse extructionem fortalitii in alieno territorio. Verum si recte memini, et quantum conjecturare licet illa licentia maximam partem obtinuit in ejusmodi principum et statuum territoriis, qui non adeo opibus et potentia valentes, non alios foederibus junctos habuerunt, non justo exercitu instructi fuerunt, cujus auxilio id impedire potuerunt. Dicere hic possem, longe diversa inter se esse, facultatem impediendi, et jus prohibendi; ad alterum requiritur justus exercitus, potentiorum foedera, ad hoc sufficit superioritas territorialis. Unum eorum omnibus asserere debemus, sed alterum nemini largiri possumus. Vel, si in potentiorum principum ditionibus idem quandoque etiam factum exempla ostendunt, facile advertes, id vel humaniter concessum, vel prudenter dissimulatum vel antea transactum, aut datis reversalibus cautum, ut simili necessitate ingruente, eodem jure in ipsorum terris gaudere debeant. Quae omnia juri ipsorum nihil derogant, quod salvum ipsis manet, semper integrum, semperque usurpandum, quoties, posthabita humanitate, non intercedentibus pactis vel aliis cautionibus isto uti volunt. Neque huc facit aliquid famosa et decantata illa necessitas, ejusque favor. Quaecumque enim illa sit necessitas, quae alterum premit illa meo me non privare potest jure, nec alterius necessitas mihi imponere potest necessitatem decedendi de meo jure et aliquid permittendi, ad quod jure obstrictus non sum. Namque alleganti suam necessitatem semper regerere et opponere quis potest suum jus. Imminet vicino periculum, hostibus urgetur, nulla salus fere superest, nisi in vicini terras se recipiat; bello implicitus invasionem et hostem metuit ab omni parte suae regionis tutus, et sola vicinia hosti ad invasionem et irruptionem facilis et commoda esse potest. Sit ita, haec tamen omnia meo me excludere nequeunt jure, si id usurpare constanter insistere vellem. Valent quidem haec, ut veniam facilius, si precatur, impetret, minime vero, ut inde aliquid sibi jure debere, asserere possit.

§. 21. Nec est humanitatis quis nos admoneat. Sane lex humanitatis omnes obligat, ita ut alteri prodesse cum animi voluptate et jucunditate debeamus; eousque tamen non stringit, ut per officia exhibenda nostram nobismet ipsis conciliemus perniciem et alios adjuvando proprium incurramus damnum. Quis enim ignorat, quanto periculo se exponant, qui in suis terris tale quid admittunt. Etenim si talia petenti vicinus arctiori amicitia vel foedere junctus sit, sine omni difficultate vi foederis interdum ad hoc patiendum obstrictus est, vel si desuper nihil in legibus foederum cautum, aliquando partem periculi lubens in gratiam foederati suscipit, qui casus extra controversiam positus huc non spectat. At si utrique dimicantium aeque amicus sit, si neutras partes amplexus fuerit, non temere nec sine periculo offensionis illusi uni concedendum, nisi alterius invidiam incurrere, ejusque querelas audire velit, quod alteri majores favoris partes largiatur. Accedit, quod cum plerumque loci limitanei, qui in tali occasione ad munitionem exiguntur, eum in finem adhibeantur, ut hostibus accessus difficilior reddatur, vel ut ipso ingruente, receptaculum, quo tuto confugere possit, habeat; quis vero non advertit, quantum exinde periculum imminuere et sequi possit, cum tali facto plerumque belli arena mutari soleat, ita ut non solum hostem in terras nostras trahamus, sed illuc omnia incommoda et calamitates belli, rivi instar et torrentis derivemus. In communi itaque periculo si integrum est, ut quisque fortunae suae habeat rationem,

nemini invidendum, si custodiendo jure suo (utut cum alterius incommodo conjunctum sit) periculum a se avertat. Habeo in hisce praeeuntem Puffendorffium, qui *lib. 2. de jure nat. et gentium cap. 6. §. 8. in fin.* eadem discrimina referre non praetermisit, et merentur hic locum quoque verba Boecleri *ad lib 2. cap 2. Grotii*, utpote apprime huc facientia, et quae in compendio continent omnia, quae ulteriorem occasionem multa adhuc circa hanc quaestionem cumulandi, possent suppeditare, *ex usu*, inquit, *omnium seculorum et populorum constat, neminem putare, si teneri ad permittendum alteri, periculum ab hoste timenti, occupationem loci aut arcis suae, si impedire possit.*

§. 22. Id vero extra omnem dubitationem mihi positum videtur, quod extero jus in alterius territorio extruendi munimentum competat, si vel per leges compositi foederis id cum vicinio transactum, vel per pacta bellica aut pacificationes, talem sibi acquisierit facultatem. Saepe mutuo inter se conveniunt principes, ut necessitate belli ingruente, invicem alter alterius loca munita occupandi, vel alia muniendi jus habere debeat. Nec minus frequens est, quod in pacificationibus fieri videmus, ut victor, quando feriae bellicis calamitatibus indicendae, inter alias pacis leges, et hanc stipuletur, sibi jus debere esse in alterius ditione locum unum vel alterum occupandi et munitione firmandi. Quibus in casibus, si super hisce et similibus juribus cautum, et pactis quid promissum est, nullum dubium est, quin et in alterius territorio, jura illa per pacta vel pacificationem acquisita, exercere valeat acquirens. Utut enim regulariter id admittere non teneatur vicinus, pacta tamen, quae semel invicem inita sunt, faciunt et sufficiunt ad aliquid detrahendum de ordinaria ipsi competente facultate prohibendi, quamdiu non ab illis semel conclusis pactionibus recessum est; et si locutionibus in jure privatorum consuetis id efferre velimus, non incongruum videtur, si dixero, unius territorium in casu alteri quasi servire, idemque esse ac si privatus in alterius praedio sibi aliquam acquisivit servitutem.

§. 23. Data occasione quaedam pactorum injecta fuit mentio in §. praecedenti. Illa vero materia merito sibi hic locum vindicat et non inter postrema hujus tractationis capita referenda, cum ex pactis aequale jus prohibendi nanciscantur, quam ex aliis modis obligatoriis, etiam firmissimis. Sciendum vero, quod illa distinctio, qua pacta aequalia ab inaequalibus dispescuntur, (cujus distinctionis commodam usurpationem in variis exemplis deduxit Grotius *lib. 2. cap. 15. §. 6. et 7.*) commode retineri nobisque inservire possit, cum ex aequalibus juxta ac inaequalibus recte jus prohibendi acquirere possimus. Aequalia dixeris pacta, quae utriuque eodem modo se habent; ex quibus quaenam sint inaequalia, inquit Grotius loco citato, facile est intelligi, ea scil. quibus unus ad aliquid agendum vel patiendum se obstrinxit, reservante sibi altero omnem libertatem antea competentem et debitam. Variis exemplis hanc divisionem explicandi et illustrandi operam sibi jam sumpsit Grotius; ex quibus illa nobis tantum seligenda sunt, quae praesenti commode inservire possunt materiae. Ad aequalia pacta quibus jus prohibendi invicem habent paciscentes, recte retuleris, si uterque paciscentium promisit, ut ne in confinio alterius alter arces munitas habeat, cujus exemplum extare indicat Gronovius *in not. ad loc. cit. Grot.* apud Procopium *Persicorum I.* et apud Tacit. *lib. 4. hist. c. 64.* Tencteri per legatos suos ad Agrippinenses sic loquuntur: *ut amicitia societasque nostra in aeternum rata sint, postulamus a vobis, ut muros Coloniae, servitii munimenta detrahatis.* Ad inaequalia spectant, si quis cum altero conveniat, ut certa munimenta, cum promissione illa nunquam reaedificandi destruat; vel si cum ipso paciscatur, ut certos intra terminos plane nulla exstruat, qualia pacta non tantum inter victores et victos, sed et inter potentiores et impotentiores, etiam qui bello inter se experti non sunt, intercedere idem docet Grotius. Et hujus generis pacta, quibus alii se jure exstruendi abdicant, et per quae alii ad demoliendum tenentur, in rebus humanis dari, dubitare non sinunt infinita vetera et quotidiana nova, quae omnium oculis et mentibus obversantur exempla. Apud Livium legantur Romani omnibus eis liberum Hispanis initio arma, mox munitiones ademisse, quod ipsi adeo aegre passi sunt, ut multi mortem sibimetipsis asciverint, nullam vitam rati sine armis esse, vid. *Liv. lib. 34. hist. c. 17.* Ita quoque actum cum Lacedaemoniis, quibus Achaei imperarunt, ut muros diruerent, qui, ut idem Livius inquit, nihil obedientius fecere, quam muros dejicere, *lib. 38. hist. cap. 34.* Hisce et similibus legitime initis pactis, iisque salvis exstantibus, si unus ab illis recedere et conventionibus initis contravenire velit, quin alteri summo jure facultas prohibendi competat, nullum est dubium, idque prolixius ostendere supervacaneum esset.

§. 24. An vero pactis cum hoste induciis si adversarius, pendentibus illis, muros et munimenta reficiat vel exstruat, alter de eo conqueri, et jure id prohibere possit, quaestionis est? Regulariter muros reficere licitum esse, cum per inducias, feriae tantum omnis hostilitatis fiant, et refectio murorum, munimentorumque exstructio nihil hostile in se contineant, asserit Grotius *lib. 3. c. 21. §. 7.* graviter tamen addit, nisi quid specialius convenerit. Praetermittere vero nequeo, quin hic exemplum ex recentiori historia illustre et notatu dignissimum interseram, scilicet de coepta apud Trarbacum munitione vulgo *Mont. Royal*, quam rex Galliae, pactis cum imperatore induciis anno 1687. suscipiebat. Locupletissimus rei gestae auctor est Puffendorffius *lib. 19. §. 56. et seqq. de rebus brandenb.* qui nihil quod ad intellectum controversiae exponendum, ad jura, quibus utraque pars imperator et rex Galliae nitebantur, pertinere potest, omisit. Habentur ibi fundamenta juris gentium, ad quae provocant, induciarum leges, in quas conventum erat brevi, omnia ibi extant rerum momenta, quae referre mihi prolixum, aliis vero ibi quaerere et haurire forsan jucundum erit.

§. 25. Ulterius progrediens invenio, quosdam esse, quibus jus prohibendi extructionem, etiam ex privilegio competit. Talia privilegia, facultatem prohibendi continentia haud infrequentia fuisse, historiarum monumenta abunde loquuntur. Archiepiscopo trevirensi ejusmodi privilegium concessit Carolus IV. in charta *de anno 1376*, apud Kyriand. *in annal. august. trevir part. 15. p. 160.* Pariterque Ludovicus Bavarus *anno 1332.* apud Brower. *lib. 17. annal. trevir.* vetuit, ne castra, munitiones, propugnacula a quoquam

infra leucam a feudo archiepiscopi trevirensis aut ecclesiae, invitis dominis, attollantur vel ponantur. vid. celeberrimus dn. Hertius *dissert. de superior. territor. in not. ad* §. 19. *pag.* 233. *in calce pag.* Eminent talibus privilegiis quoque maxime quaedam civitates imperii, quae cum etiam jure superioritatis gaudeant, et ex ea, summo jure prohibitionem, si forsan in ipsarum praejudicium quid exstruatur, instituere possint: insuper tamen singularibus privilegiis nonnullis prospectum et indultum est, ne intra certum in privilegiis praescriptum terminum, a vicinis munimenta erigantur, idque vocari solet germanice *die Bann-Meile*. Tali favore mactatae sunt multae, quae passim ab auctoribus juris publici referuntur. Inter alias quamplurimas nobis nominanda est Spira, quae ad privilegium *anno* 1349. a Carolo IV. propter varia merita et utiliter praestita servitia (vel ut privilegii verba sonant) *wegen getreuer Dienste, den dieselben Bürger dick und mit grossen Kosten gethan haben, und noch ferner thun mögen,* impetravit, scilicet, ut intra tria miliaria nemo vicinorum fortalitium exstruat; quod ipsis postmodum a Sigismundo confirmatum, et utrumque apud Limn. extat: *vid. lib.* 7. *cap.* 47. *n.* 8. *et seqq.* Norimberga simile quid a Carolo IV. consecuta, ne quis scil. clerici vel secularis ordinis in ipsorum vicinia loca quaedam muniret; quamquam privilegium istud non ultra unum se extendat milliare, prout videre licet apud Limn. *lib.* 7. *cap.* 36. *n.* 27. et apud Goldastum *part.* 2. *Reichs Satzungen.* Pertinent huc et aliae, scil. colonia Agrippina, Francofurtum ad Moenum, Friedberga et aliae plurimae, de quibus singulis suis locis et titulis videatur Limn. *jur. publ. lib.* 7. *cap.* 11. *n.* 19. *cap.* 17. *n.* 17. *cap.* 18. *n.* 8. ubi privilegiorum formulas, in quibus multa alia notatu digna occurrunt, quaeque hic transcribere non vacat, videre licet. Quid civitati magdeburgensi hoc casu juris competat, cognosci potest ex *instrum. pac. artic.* 11. §. 8.

§. 26. Nullum equidem est dubium, quin haec privilegia ipsis sufficiant, et animum addere possint ad instituendam prohibitionem contra illos, qui, posthabitis privilegiis, in vicinia admovere fortalitia cupiunt, quinimo id factum esse testes sunt Kyllingerus de *ganerbinatu disc.* 4. *n.* 167. et Knipschild *de privilegiis civit. lib.* 2. *c.* 22. *n.* 100. Hodie an tale quid modo allegatis conatibus simile tentaturae sint vix scio, imo maxime dubito, cum privilegiis et juribus ditissimae, facultatibus vero exequendi admodum modicae sint. Et in ipsis obtinere quoque credo distinctionem superius datam inter jus prohibendi, et facultatem impediendi, quorum uno gaudere, altero destitui mihi videntur. Suspicor enim, plerisque praeter privilegia ista summis laboribus quaesita et summis curis custodita, parum virium superesse. Equidem cum in ferali illo et diuturno tricennali bello hisce ipsorum privilegiis varie detractum erat, illae in tractatibus pacis quoque, de redintegrandis suis juribus, merito sollicitae erant. Sed cum ibi comparerent, et ipsarum placita ab argentinensi caeterarum curiarum senatoribus recitata essent, illa ex urbium stylo (inquit auctor historiae pacis westphalicae) prolixis querelis molesta, eoque praesertim nomine utriusque religionis electoribus principibusque improbata, quod non novis tantum in procerum terris munimentis exstruendis praesidiove firmandis interdici, sed et post annum MDCXVIII. aedificata et vel subditorum immunitati, vel securitati vicinorum infesta suspectave demolienda statuerent; indignantibus urbicorum arrogantiae principibus, vile putantibus, leges a civitatibus accipere, quas obsequio factas, in aliquam imperii societatem ex benignitate adsciverint. Illud praeterea objurgatione dignum visum, (adsuefactis jam ferme urbium legatis caeterorum convicia, nimia et incongrua status dignitati patientia audire) quod anseaticas civitates collegio suo allegarent, excusante id argentinensi, neque ad principum, quibus urbes istae regnentur, praejudicium id pertinere, neque aliis contra munimentorum minas injuriasque prospectum voluisse, asseverante, quam quorum timori id dari, ex privilegiorum aut pactorum formulis conveniat, vid. dn. Pfanner *hist. pac. Westph. lib.* 3. §. 52. *p. m.* 296. Quae eo magis retulisse necessarium fuit, ut cuilibet judicare et pensitare integrum sit, quantum penes civitates istas ex privilegiis adhuc resideat. Per nostram decisionem juri ipsorum nihil decedet, facultati vero et potentiae nihil quoque accedet. Memores vero, nos hic non agere de facultate cum effectu impediendi, sed de jure prohibendi, illud ipsis omnino salvum esse existimo; et quamquam vi armata id tueri non valent, supersunt tamen secura remedia, et tam via juris periculum, quod sibi imminere videat a vicinis, quam auxilio caesaris avertere possunt. Is enim in sua capitulatione quam sanctissime promisit, se curaturum, quo nemini statuum ullum praejudicium ab aliis potentioribus accedat.

§. 27. Inter materias vero juris prohibendi, quae huc spectant, et ad nostrum propositum referri possunt, forsan nulla nec frequentior, nec difficilior controversia est, nulla quae majoribus motibus agitata, et frequentior belli causa fuit, quam quae a vicinis contra vicinos ex capite aemulationis moventur. Pristina secula hujus veritatis sat tristia suppeditant exempla, et quae nostra contigerunt memoria, haud rariora fuerunt. Saepissime media in pace bellum inde ortum, ex amicis facti inimici, ex sociis et vicinis evaserunt hostes. Factum nonnunquam, ut a quibus minime sperabamus, hanc ob causam passi fuerimus hostilia, et nova illa munimenta, quae debebant esse auxilia securitatis, facta saepe causa futurae cladis, et in metum et opprobrium vicinorum cesserunt. Hinc strages, hinc regionum desolationes, et innumera belli incommoda orta et in rempubl. invecta. Operae itaque pretium erit, hanc controversiam penitius introspicere. Quod dum facturus sum, id maxime credi velim, me ad nulla respexisse exempla, multo minus ac si de recentioribus illis, quae in memoria omnium haerent, judicium ferre, vel de justitia istorum sententiam interponere velim. Ea enim menti meae non insidet praesumptio, quasi justitia actionum principum cathedrae academiae subjecta esse debeat, sed immunis ab omni tali suspicione, pro liberiate academica, causa proposita, rationibus et momentis rerum allatis, iisque pensitatis, alteri opinioni subscribere aeque integrum mihi esse judicavi, quam aliis adversam partem suscipere licet.

§. 28. Quotiescumque vero unus vicinorum de altero queritur, quod in sui praejudicium, in sui invidiam novum munimentum exstruat, notae sunt illae formu-

lae et appellationes ex jure civili mutuatae, ubi tales ad alterius aemulatione aedificare dicuntur. Huic ex jure civili mutuatae formulae porro omnes illi attribuuntur effectus, quos passim auctores et interpretes juris civilis ipsi transcribere solent. In omnium ore versatur vulgatum illud: in suo regulariter usque ad coelum aedificare cuilibet integrum esse et licitum, mox tamen additur, quod id non debeat fieri in alterius aemulationem, hanc enim justam prohibendi suppeditare causam, vid. auctores passim *ad tit. ff. de servitut. it. de novo op. nunc.*

§. 29. Locus quidem hic largissimum aperiret campum prolixe disserendi et repetendi omnia illa, quae operose interpretes juris civilis hic circa materiam aemulationis cumulare solent; sed iis eo magis abstinere fas erit, quo commodius plerisque istis praesens carere potest institutum. Id vero scire interest, quid sit aemulatio, cujus diversa apud auctores est interpretatio. Sed quam discordes in illa definienda etiam sint interpretes, plerique tamen in eo conveniunt, illum aedificare ad aemulationem, qui opus novum praeter necessitatem suscipit, ex quo ipse aedificans nullam utilitatem, vicinus vero magnum damnum sentit; vel si quidem aliquam exinde percipiat utilitatem, illa tamen relata ad damnum et praejudicium vicini longe ab illo superetur, vid. Vasq. *lib.* 6. *controv. c.* 58. *n.* 30. Ex hisce fundamentis asserunt, omni jure competere vicino jus prohibendi, ne quid a vicino fortalitiorum exstruatur, et in hoc jure summam aequitatem conspicuam esse. Pertinent huc formulae illae, quibus magis odiosam reddere student illam exstructionem in vicinia: scil. per illam vicinis metum et terrorem incuti, per illam contra constitutionem de pace publica peccari, per illam publicae seditionis vel scandali ansam praeberi, et quae sunt similes.

§. 30. Equidem qui talia afferunt, hi mihi nihil dixisse videntur, et quam speciosa etiam, quamque aequitatis plena ipsorum videntur argumenta, quibus aemulationem prosequuntur, praesertim si in materia praesenti adhibeantur, fere tamen ansim affirmare, ipsa parum habere in recessu. Etenim qui scit, quantis impensis, quantis sumptibus hodie extruuntur fortalitia, quibus ferendis vix integrae provinciae sufficiunt, ille facile quoque judicabit, talem casum, qualem ponunt, quo princeps aliquis praeter necessitatem et utilitatem fortalitium extruat, esse ex raro contingentibus, vel ut alii loqui amant, esse plane non dubilem. Porro si dixeris, posse aliquam subesse aedificantis utilitatem et necessitatem, alterius tamen vicini praejudicium longe esse gravius; regero, id argumentum praesupponere casum partim probatu difficillimum imo impossibilem, partim si probari possit, inanem, ad quem tamen ista prohibitio sese non porrigit, et ad quem ideo quoque non extendenda. Repetere enim liceat, quod subinde ab interpretibus juris injicitur, probationem aemulationis esse difficillimam, eamque nunquam praesumi. Dicunt ipsi, allegenti aemulationem non statim credendum, quod quidem optime se habet. Etenim sunt quaedam ingenia valde meticulosa, putantia, id alium statim velle, quod possit, quaeque colligunt, eum qui nocere possit, statim quoque velle nocere. Sed haec non sufficiunt, vanusque ille metus susque deque habetur ab ipsis interpretibus juris, qui allegationem quamcumque aemulationis non sufficere ad prohibitionem, communiter idque recte asserunt, sed insuper requirunt, ut maxime in persona aedificantis, animus nocendi cum facto, ex quo aemulatio praesumenda, concurrat, quem animum nocendi, cum interne consistat, scire vellem, quo pacto probare velint? Semper enim diversa opinione factum pensitabunt extruens et vicinus prohibens. Hicce sibi ex illo novo opere grave imminere dicet damnum; aedificans se exinde magnam sperare utilitatem autumabit. Neque necesse est, ut illa utilitas et necessitas semper ante oculos posita esse debeant. Quemadmodum futurum est damnum, quod metuit, et de quo queritur vicinus, ita futura etiam esse potest utilitas, eaque sufficit, quam sperat exstruens. Provida circumspectione cuilibet opus est, qui saluti et securitati suarum provinciarum recte consulere vult, et tempestive cogitandum, ut in futurum ipsis bene sit. Vicinorum animum non semper penetrare licet; consilia illa habentur pro optimis, quae ignorat adversarius antequam facias, Veget. *de re militari lib.* 3. *cap.* 26. Prudentis et providi est, aeque sperare ac timere. Magna imperia nunquam sunt otiosa. Neque talis expectanda necessitas, qua, extrema jam imminere, animadvertimus, vel quando Hannibal jam est ante portas. Qui hodie amicitia et foederibus nobis juncti, ab illis mox hostilia, et quaeque adversa metuenda sunt; praecipue quando tales libere jactantur sententiae: Deum hoc tempore non amplius cum principibus per prophetas et somnia loqui; sed ubi commoda arrideat occasio, vicino suo damnum inferendi, ac fines suos proferendi, eam divinam vocationem habendam, vide talem personam apud illustr. Puffendorffium *de rebus brandenburg. lib.* 5. §. 2. Isti vero vocationi divinae, si in tempore et tempestive quis prospiciat, quis hoc velit reprehendere?

§. 31. Locum hic merentur quae disserit Hobbesius *de cive cap.* 13. §. 8. quaeque huc apprime faciunt: *ad defensionem populi*, inquit, *requiritur, ut sint praemuniti. Praemuniri autem est, militibus, armis, classe, propugnaculis antequam instet periculum, comparatis, et pecunia jam comportata instrui. Nam milites conscribere, arma conquirere post acceptam cladem, si non impossibile, saltem serum est. Similiter, propugnacula non ante locis opportunis constituere, quam fines invadantur, simile est rusticorum, ut dixit Demosthenes, qui ignari artis gladiatoriae, ab una parte corporis ad aliam ictibus moniti, clypeos transferunt*, et mox pag. seq. *Rectores civitatum*, ait, *obligatos esse curare pro viribus, ne contingant mala ista, quae metuunt; hinc tempestive pecuniam colligere, milites legere, propugnacula aedificare licitum esse, ista vero non facere, vel omittere, illicitum.* H. l. Et quam misere actum esset, si principes ad alterius arbitrium et utilitatem libertatem suam omni jure sibi debitam restringere, vel si actiones suas ad alterius vanum metum dirigere deberent. Mox, uno impetrato, malum illud non ibi consisteret, sed latius serperet; non minor metus est ab numerosissimo exercitu, et bene instructa militia; forsan, uno impetrato, mox alterum persequi intenderet, et qui initio de impediendis munimentis egit, mox de abdicandis exercitibus forsan sermonem faceret; id vero res praejudicii maxime plena foret, si vicinus id exigat, ut alter potentior princeps exercitum et militem suum, quae aeque ad

ipsius vicini imbecillioris defensionem, quam oppressionem ali praesumi potest, dimittat.

§. 32. Adeoque parum roboris in speciosa ista aequitate est, et si dicendum quod res est, major plerumque aemulatio et invidia est in prohibentibus, quam in aedificantibus. Ita enim cum ingeniis humanis comparatum est, ut plerumque aliorum actiones sibi reprehendendas sumant; et nescio quanta cum voluptate alteri imperare plerique velint. Invidere solent alii illi maxime, qui soli rerum potiri gestiunt, si juxta se videant, qui aequalis sunt potestatis; alii vero id aegris intuentur oculis, si juxta se id fieri vident, quod ipsi facere nequeunt, et si vicinum, quem paulo in aequo positum fuisse, recordantur, nova indies suae domui potentiae et felicitatis invehere incrementa, cum ipsi in pristinis subsistant, et a vicinis ultra progredientibus longe post relinquantur. Hinc oriuntur simultates, exardescit invidia, cujus finis tandem est tristissimum odium. Quapropter, visis potioribus rationibus, quibus auctores adversarii uti solent, ex capite aemulationis non recte credo institui jus prohibendi. Quae sententia, utut a plerisque divortium faciat, magis tamen conveniens est cum tranquillitate publica, salute et quiete reipublicae, quam si alteri subscriberem, quae ex imaginario aemulationis vitio multos magnosque saepe excitat motus. Exinde enim oriuntur bella, subinde novae proveniunt lites, sopitae recrudescunt; quibus incommodis omnibus commode caremus, si, remoto hocce aemulationis argumento, principibus facultatem munimentorum erigendorum, naturaliter, et vi summi imperii ipsis competentem asseramus, et liberam, quocumque loco exercendam, tamdiu relinquamus, donec vel per conventionem vel per pacta huic naturali facultati renuncia um, vel derogatum est. Ne tamen, quae hucusque a plerisque juris civilis interpretibus de aemulatione scripta, tradita, et pro veris habita sunt, penitus falsitatis arguere, et eversa velle videar, facile eorum, qui contra aemulationem verba faciunt, sententiae subscribere possum; recteque semper propter aemulationem credo institui posse prohibitionem, quotiescumque talis casus existit, ubi ex nova munimenti extructione nulla extruenti utilitas, sed vicino maximum praejudicium contingit, ubi ex novo illo opere nulla unquam speranda defensio, sed animus alterum offendendi manifesto appareat.

§. 33. Ex haec dixisse sufficere posset, nisi tribus, quod ajunt verbis, mentionem facere decrevissem argumentorum, quibus adversarii jus prohibendi ex aemulatione proveniens defendere satagunt. Ex judicio et testimonio B. domini Ziegleri *de juribus majest. lib.* 1. *cap.* 35. §. 11. erudite hoc argumentum tractavit Albericus gentilis *de jure belli lib.* 3. *cap.* 21. ita tamen, ut ex adversa magis stet parte. Argumenta ejus recenset loco citato, eorumque praecipua capita summo indigitanda erunt digito. Vult gentilis, non licere principi arces aedificare in finibus, quia id facere idem foret, ac castra alienis admovere foribus, quod, utut in proprio solo fiat, id tamen iniquum et injustum esse, cuivis facile esse intellectu. Reponit ad illud suas responsiones, quae summa perspicuitate et exactitudine se commendant, dn. Zieglerus, ostendendo, maximam hic in utroque intercedere differentiam; ex admotione castrorum colligendam esse hostilitatem, et extructionem fieri ad defensionem, regulariter praesumendum esse; addit insuper, quamvis ex illis nocere possit, id tamen non prius suspicandum, quam de animo invadendi constet, et quidem ea certitudine, quae in morali materia locum habet, vid. Grot. *lib.* 2. *c.* 22. *n.* 5. Principalis enim scopus est et castellorum et fortalitiorum, ut fines regni tutos praestent, invasores arceant, hostes per illa morentur, ad quod praestandum alioquin maximus quandoque exercitus difficulter sufficit. Quam ob rem et Grotius arces in finibus structas inter argumenta pacis fractae tum demum refert, si non tuendi sed nocendi gratia extructae fuerint, vid. *lib.* 3. *de jure belli et pacis cap.* 20. §. 40. *n* 3. Succedunt alia ejusdem gentilis argumenta: urgetur aemulatio, urgentur sanctiones civiles, quibus communiter illam prosequi solent, praecipue *lex.* 3. *ff. de operib. publ.* Verum cum illa admodum affinia sint his, quae in superiori §. copiosius adduximus, illis repetendis et recenseudis eo magis abstineo, ne dicta et acta denuo reassumere videar, praecipue cum ulteriori non indigeant disquisitione, postquam judiciosissimus Jctus Ziegleru nihil, quod ad hanc materiam pertineret, omiserit, et ad illa Alberici gentilis talia regesserit, quibus nec quid melius scribi, nec excogitari potest.

§. 34. Hoc loco liceat quoque interponere materias passim quondam ab auctoribus tractatas, quasque, quantum conjecturare licet, maxima pars eruditorum hodie superfluas, et nulli dubitationi obnoxias judicabit. Inter illas primo loco ponere debeo quaestionem, an principes habeant jus prohibendi, si subditi in suis agris, terris et ditionibus munimenta erigere velint? Abstinuissem ab hujusmodi controversiis, nisi quorumdam exempla me ad id faciendum induxissent. Decisio interim et assertio mihi videtur facilis, et fundamentum hujus asserti non operose erit investigandum. Etenim hujus generis civibus in republica, qui parentes et obedientes sunt, hodie ad minimum obstat conditio sui status, et jure subjectionis a facultate et jure hoc muniendi exclusi sunt. Jus illud nemini usurpandum, nisi ad quem τὸ Κύριον in repub. spectat, ad quem pacis et belli arbitrium spectat; is vero est princeps, nunquam subditi. Postquam enim in societatem civitatis coierunt, et securitatem suae salutis principis providae curae et voluntati submiserunt, recte princeps adversus istos utitur jure prohibendi; nec juvat quocumque specioso nomine (dicere enim forsan possent, quod principem sublevare et suae propriae saluti consulere velint) sibi id jus usurpare velint. Corruunt itaque uno ictu argumenta illa omnia, quando dicunt, jus muniendi pertinere ad defensionem, id ex praescripto juris naturalis competere cuivis, nec a summis principibus tolli vel adimi posse. Nil juvat, quando urgent, privatorum cuilibet novum opus facere esse integrum, domum cuivis esse tutissimum refugium, nemini vitio vertendum vel criminandum, si pro salute et securitate domus et familiae suae quid suscipiat. Etenim haec ornamenta nihil momenti habent, et vana isthaec est cantilena, quanta cum harmonia et consensu plerorumque auctorum, quamque frequenter etiam occinatur, postquam a naturali statu libertatis in republ. dia multumque recessum est, et multum intersit, quando naturaliter cives et boni patresfamilias rebus et secu-

ritati suae prospiciunt, et quando artificiosis et bellicis artibus se praemunire volunt.

§. 35. Ex illis vero, qui privatis et subditis hoc jus transcribunt, est Nicolaus Böerius *in decisionibus aureis decis.* 320. ubi secum sentientes, quosque sequitur, magno numero allegat auctores, quorum tamen memoria cum rationibus apud plerosque jam exolevit, is ipse Boerius vero valde ridiculus est, quando *in eadem decis. n.* 3. scholaribus, ut loquitur, male intentis, et his similibus, facultatem, in aere, etiam in Hispania, aedificandi castra largitur; qua cum decisione, nescio an ullius inierit gratiam, quippe talia meditari et possidere non arguunt facultatem aliquam, sed summam sapiunt stultitiam. Maximam vero fiduciam ponunt *in leg.* 10. *cod. de aedificiis privat.* quam etiam ex omnibus argumentis Boerii dignam judicavit, ad quam doctas suas, ut modo videbimus, suppeditaret cogitationes D. Zieglerus. Ita vero in dicta lege Honorius et Theodosius imperatores rescribunt. *Per provincias Mesopotamiam, Osdroenam, Euphratensem Syriam secundam, Phoeniciam, Libanensem, Ciliciam secundam, utramque Armeniam, utramque Cappadociam, Pontum polemoniacum, atque Hellespontum, ubi magis hoc desideratur, caeterasque provincias cunctis volentibus permittatur murali ambitu fundos proprios seu loca sui dominii constituta vallare.*

§. 36. Quae quidem lex multorum interpretum industriam excitavit et defatigavit, praecipue vero ad ipsam diluendam accessit Kyllingeri, et ut modo dixi, Ziegleri studium, cujus utriusque explicatio singularis est et diversa. Jacobi Wernери Kyllingeri explicationem, quam proponit *tract. de ganerbinatu disc.* 4. *n.* 123. edoctus sum ex Limn. *lib.* 4. *cap.* 3. *n.* 234 eoque illa videtur collimare, quod sanctio *legis* 10. *cod. de aedific. privat.* specialis, et quod beneficium muniendi, in illa lege permissum, non cuivis, sed illis, qui isto indigent, tribuendum sit. Putat namque, muralem illum, de quo in d. l. mentio fit, ambitum, eum in finem concessum esse, ut aquarum effluxus et inundatio ab agris et frugibus arceatur, omnes quippe provincias, quae in saepe memorata *lege* 10. enumerantur, vel mare ipsum vel majora flumina, a quibus aquationes autumni nascentis metuendae, et ubi fluctus effusi stagnare soleut, vicina habere. Explicationem hanc non probat Zieglerus *lib.* 1 *cap.* 35. *de juribus majest.* §. 7. sed recte, propter varias rationes, opinione Kyllingeri, aliam substituit, quae nemini non placere debet. Rem ab initio paulo altius repetit, et occasionem rescripto huic, in *lege* 10. proposito, dediss existimat, quod latrones et grassatores dictas provincias rapinis, invasionibus, et devastationibus admodum vexarint. Scilicet, propter maleferiatos istos homines leges variae latae sunt, et inter alias ad reprimendam istam malitiam et compescendam ferventem hancce latronum insaniam, defensoribus civitatum cura et securitas provinciarum ab imperatoribus Theodosio et Arcadio permissa. vid. *l.* 6. *c. de defens. civit.* Subsecuti mox sunt Irenarchae, qui eamdem cum defensoribus civitatum curam gerebant. Et ipsis vel n n sufficientibus, vel remotis, vid. *l. un. cod. Theod. de Irenarch.* forsan quod tales esse desinerent, quales esse deberent scil. defensores civitatum vid. *leg.* 5. *cod. de defens. civitat.* facultas data, et permissum est ab imperatoribus, ut quisque civium praesidio suo securitatem muro aliquo compararet; maxime vero illa licentia data certis *in d. l.* 10. enumeratis provinciis, utpote quae maxime ejusmodi incursionibus a maleferiatis hominibus afflictae erant, vid. Ziegler. *de jur. majest. lib.* 1. *cap.* 35. §. 6.

§. 37. Equidem si dicendum, quod sentio, legem illam 10. non multum moror, et quae hucusque prolixe scripta, eum in finem adducta sunt, ne quid eorum laudi decedat, qui pro bona causa verba fecerunt; partim etiam, ne earum legum contemptor videar, quarum cultor sum, ut illi, qui subinde ex armamentario justinianaearum legum rationes depromunt, sciant, quid ad haec responderi possit legem. Alioquin ex legibus illis perquam vetustis circa muniendi jus in Cappadocia vel Mesopotamia, latis, judicare velle de nostris temporibus, aeque impertinens credo, ac si ex Vegetio vel alio antiquo auctore modum muniendi vel regulas hodiernis architectis militaribus, vel ingeniariis, ut vocant, dare quis vellet. Interim ingenue fateor, quod tantis hic non opus esse credam ambagibus; et plerique interpretum juris similes mihi videntur pictoribus et poetis, cum quibus isti aequam et aequalem sibi sumunt fingendi potestatem. Nam casus talis, ad quem operosi hi labores et decisiones hae aureae applicandae, vix dabilis est; adeoque inter memorabilia, et raro contingentia retuleris, quod habet do. Ziegler. *de jur. majest. lib.* 1. *cap.* 35. §. 8. de Fouqueto, quod inter alias causas, propter quas rex Galliae huncce opum suarum primarium administratorem ex felicitatis summae culmine et fastigio dejectum voluit, etiam illa fuerit, quod fortalitium extruxerit. Etenim qui novit, quantis sumptibus opus sit ad munienda loca, et quantis cum difficultatibus conjunctum sit, si quando ad restauranda vetera castella, princeps provinciarum statibus et singulis civibus collectas imperat, is mox intelliget, privatum quemque prudentem non facile tale quid faciendum sibi in animum inducturum esse, cui suae opes et facultates non sufficiunt. Quocirca, si ex superioribus repetierimus, jus belli, cujus annexum est jus muniendi, ad solos principes pertinere, qui inter jura majestatis id merito collocant, si pensitaverimus, quanta cum cura et sollicitudine haec jura a summis imperantibus custodiri soleant, ita ut ab aequalibus ista violari non patiantur, intellectu facillimum est, quid superandum subditis, si in hisce animos principum offendere, et sibi jus muniendi asserere velint, quod numquam sine suspicione seditionis fieri potest.

§. 38. Et idem illud, quod hactenus de singulis subditis et privatis asserium, obtinere quoque credo in universitate, scilicet, quod omni jure princeps eam ab extructione fortalitiorum, per suam prohibitionem removere possit. Putant quidem auctores, aliquid hic intercedere diversitatis inter universitatem et singulos subditos. Eam multos comprehendere privatos, et majora habere privilegia, quam singuli in se. Quam ob causam Glossa *ad leg.* 9. *ff. de r. d. et in leg.* 3. *ff. de operib. publ.* universitati hoc jus transcribit; eamque sequuntur Rolandus a Valle *consil.* 84. *num.* 9. Caspar Klockius *de contrib. cap.* 9. *num.* 24. aliique quos videre licet apud B. D. Zieglerum *de jurib. majest. lib.* 1. *cap.* 35. §. 9. ubi causam prohibitionis

in dicta *lege* 3. expressam, aeque ad universitatem, ac ad singulos pertinere ostendit. Id certe negari non potest, tam ex universitatis, quam singulorum aedificiis, materiam seditionum praeberi posse, imo majus periculum imminere ab universis, quam a singulis. Interim credo, hunc casum, quo universitas munitiones erigere vult, aeque raro contingentem esse, ac illum, quae superiori paragrapho tetigi, ita ut in talibus quaestionibus, nec styli nec ingenii acumen exercere, operae pretium existimem. Id tamen verum est, quod per universitatem nihil ipsis accedat, nihilque detrahatur juri subjectionis; quod juris in singulis obtinet, idem valere puto in persona hac mystica, nisi pactis vel privilegiis ipsis quid speciale indultum sit. Singuli sunt subditi principis, iidem manent universi; et quamdiu tales sunt, horum jurium nihil sibi vindicare possunt, nullaque omnino, in istis juribus usurpandis, ipsis competit facultas.

§. 39. Contigit quandoque, et nostra quoque vidit aetas, principes quaedam loca, vel propter opportunitatem negotiationis, vel amoenitatem, aliasque innumeras causas, ex numero vicorum exemisse, et jure civitatis donasse; suppeditat hujus generis multa exempla dn. Schwederus *in jur. publ. part. special. sect.* 1. *cap.* 18. *num.* 4. et annis proximis, eadem consilia in patria agitata memini de partibus quibusdam civitati regiomontanae adjacentibus, vulgo *die Freyheiten*, jure civitatis a potentissimo rege donandis. An itaque, concesso jure civitatis insimul jus muniendi concessum, vel an principes sibi id reservasse, adeoque jus prohibendi salvum retinuisse existimandi sint, quaestionis est. Quod dum asserendum credo, dubia quaedam, quae hic subnata, paucis erunt tangenda.

§. 40. Initio videtur, jus muniendi essentiale requisitum civitatis esse; nam qui differentias vicorum et civitatum investigare volunt, utut discordes plerique invicem sint, in eo tamen unanimes conspirant, vicum esse locum nullis munitionibus instructum vel circumdatum, urbem vero iis gaudere debere. Hinc et factum, quod amoenissimus locus Haga comitum, commune illud peregrinantium desiderium et receptaculum, utut nulli reliquarum Hollandiae civitatum aedificiorum amplitudine et magnificentia, atque vivendi commoditatibus cedat, destitutus tamen munimentis, parum honorificum id nomen magni pagi acceperit, idemque cum hucusque pristinam initiorum suorum simplicitatem retinuerit, adhuc trahat. Insuper quod istam vicorum et civitatum differentiam multum adjuvare videtur, originem civitatum considerantes, vix aliquam constitutam et erectam sine munimentis deprehendemus. Tales fuisse, quae apud Venedos trans Instrum ac Rhenum extructae, testis est Conringius *exerc. acad.* 3. §. 29. Illas, quae sub Carolingis in Germania extiterunt, maximam partem munitas fuisse tradit, ejusque tamquam rei penitus non novae meminit Ditm. Chron. *lib.* 1. *Muibom. tom.* 1. *rer. germ. fol.* 282. Quam sententiam passim suo calculo approbant, idemque facit illustr. dn. Coccejus *in juris publ. prudentia cap.* 17. §. 1. ubi breviter injicit, civitatis requisitum esse, non quidem ut muris cincta sit, sed ut jus muniendi habeat, propter *legem* 239. §. 7. *ff. de verbor. signific.* Breviter adeo communis haec est opinio, ut fere in proverbium abierit. Forsan namque huc pertinet, quod communiter dicitur:

Bürger und Baur
scheidet nichts denn die Maur.

§. 41. Verum, quam speciosa et verosimilia etiam haec sint, vix tamen aliquid subest, quod priori assertioni obesse possit. Nam, utut negare non ausim, plerasque civitates olim muris circumdatas fuisse, cum et civitates Germaniae id doceant, quae singulae suos habent muros, quam adesi etiam vetustate, quamque ruinosi sint; nihilominus probatu difficillimum est, omnes ab initio tales fuisse, et eamdem quam hodie videmus, munitionum prae se tulisse faciem. Maxime probabile est, initio postquam in civitates coiverunt, in summa sua paupertate, homines naturalibus subsidiis et praesidiis utcumque fuisse contentos, et postmodum demum tractu temporis, accedente opum et divitiarum amplitudine, quae quidem hostes allicere solent, majori artificio arti muniendi incubuisse credibile est. Neque hoc facile supremi principes impedierunt, cum de perpetuo et numeroso milite, ejusque utilitate nondum edocti, haud aegre ferebant animo, si suae quisque invigilaret saluti et securitati. Quamquam neque hoc praetereundum, quod non adeo expeditum est, annon libertatem suas civitates muniendi, a summis imperantibus impetrare debuerint? Praeterea in eo omnis cardo versatur, an munitio requisitum ita necessarium fuerit, ut sine moenibus, et sine munimentis civitas consistere non potuerit, quod posterius mihi persuadere nequeo. Non est Sparta lapidibus circumdata, dicitur apud Senecam *lib. suasor. suas.* 2. et ibi muros habet, ubi non habet; et quod Pompejus dicebat: *non est in parietibus respubl.* idem, paucis mutatis, ita efferimus: non est in moenibus et muris civitas. Exemplum potest esse Carthago, quam cum eversam irent Romani (quorum cavillationem jam plurimi reprehenderunt) eversis moenibus, salvam ipsis esse civitatem, jura, privilegia, et immunitates asserebant; adeoque, ut in transitu dicam, male philosophatur Modestinus *in leg.* 21 *ff. quibus modis usus fruct. toll.* asserens, Carthagine deleta, usumfructum cessare legatum, quo tamen non moenia vel muri, sed cives et incolae utuntur et fruuntur: Messalinorum muri licet diruti essent, salvum tamen ipsi habebant jus civitatis, et ita contra Lacedaemonios, aliter sentientes judicatum fuisse, ex Plutarcho in Agesilao refert Grot. *lib.* 2. *cap.* 9. §. 7.

§. 42. Nec operae pretium est, in solis antiquis exemplis, quibus politicorum libri referti sunt, diutius commorari, cum quotidie idem fieri videamus. Quotusquisque enim ignorat, in omnibus fere pacificationibus inter belligerantes conveniri, ut quorumdam locorum destruantur munimenta, quibus tamen de jure civitatis nihil decedit; et quod civitates sine his requisitis salvae subsistere possint, docent metropoles Galliae et Angliae. Quinimo in Germania, multis locis, jus civitatis longe antiquius fuisse jure muniendi, quod subsequenti demum tempore certo privilegio concessum est, liquido constat. Francofurtum ad moenum diu juribus civitatis gaudebat, cum demum jus muniendi ipsi ab imperatore Ludovico *anno* 1333. et a Friderico *anno* 1470. concessum fuerit, vid. Limn. *jur. publ. lib.* 7. *cap.* 17. *num.* 16. *et* 18. Quae omnia et singula quorsum colliment, jam intel-

ligi potest, scil. quod civitas optime consistere possit et plurimae constiterint, nullis licet moenibus instructae sint. Quibus positis, cum natura civitatum nec muros vel moenia requirat, neque civitates municipales plura vel majora jura, quam quae gratiosa ipsis concessit liberalitas principis, possidere vel sibi vindicare possint, cumque incolae civitatum aeque maneant subditi cum aliis, extra civitatem viventibus, jus muniendi sibi arrogare nequeunt, nisi privilegiis ipsis haec facultas concessa; ideoque principes, omni tempore contra civitates, si forsan ex cupiditate et amore nova moliendi, muris et moenibus se munire velint, jus prohibendi exercere posse, secure concludo.

CONCLUSIO.

Et haec fuerunt, quae in praesenti, tuo, benevole lector, favori, judicio et censurae submittere volui; bene gnarus, superesse adhuc multa capita, a praesenti tractatione non aliena, quaeque cum jucunditate et utilitate hic interseri potuissent, ea tamen non tam omitto, quam aliis relinquo, virtutis et prudentiae esse judicans, citius desinere, quam deficere. Ita finiens Deo persolvo gloriam, erratis tuam exoro veniam.

DISPUTATIO SEPTIMA

DE FEUDIS DUCATUUM SILESIAE SWIDNICENSIS ET JAVRAVIENSIS,

D. FEBRUARII MDCCIV.

RESPONDENTE

ERNESTO SIGISM. SCHOBERO, SCHWIDNIC. SILES.

B. C. D.

PRAEFATIO.

Non nobis solum, sed patriae nos natos esse, jam olim monuit prudentissimus Romanorum Cicero; hinc et studia uniuscujusvis ita omnino dirigenda sunt, ut patriae aliquando usui esse possint. Inde nec ego male me facturum censui, si de specimine academico sollicitus patrii juris rationem praecipue haberem, praesertim cum in hoc campo se jam ostenderit biga civium meorum, editis dissertationibus in alma Argentina *de Bolconis II. ducis Silesiae, Schwidnicensium legislatoris, constitutione de successione ab intestato cum romano et saxonico jure collata* et Altorffina *de civium Schwidnicensium jure emendi feuda nobilia;* quorum laude dignum exemplum ad simile tentamen invitavit, ita tamen, ut tristi aemulationis malo nullus locus hic sit relictus. Ad me igitur pertinere videbatur rei feudalis patriae disquisitio, sed quae, si qua alia juris nostri pars, magna difficultate implicata est. Pleraque enim, quae ad hoc propositum rite peragendum facinnt, publice non prostant, vel quae prostant, paucissima sunt, lectoremque de usu et observantia non instruunt. Erat jam olim *Nicolao Henelio* summo viro in votis: velint illi, qui in reipublicae luce versantur et haec talia quotidie tractant, ejusmodi singularia colligere ac nobiscum, qui quasi per transennam aspicimus et in umbra hoc tantum proficimus, ut cum in forum venerimus putemus, nos in alium terrarum orbem delatos, publici juris facta communicare: in elegantissimo opere *Silesiographia p.* 78. Sed hactenus desideriis his satisfactum non est, nisi quod civem nostrum Casparum Schifordegherum, Jctum inclytum, rerumque patriarum peritissimum *de jure singulari feudorum Silesiae* librum confecisse constet, qui tamen publicam lucem nondum aspexit, sed in mstis adhuc latet; interesset autem rei patriae quam maxime, ejusdem procurare editionem, cum, quid a tanto viro in hoc

genere speraudum sit, docc-ant tractatus de rebus et juribus silesiacis, quos suis ad Antonium Fabrum annotationibus annexuit. Ad minimum ipsum a partium studio magis alienum esse mihi persuadeo quam Schickfusium, cujus laborem *de consuetudinibus Silesiae feudalibus*, aestimatione sua non ubique defraudandum, hoc suspectum reddidit. Poterant autem haec et similia mentem a proposito semel coepto avertere, sed nihilominus praestiti et quas in praesentiarum expono paginas, de feudis Silesiae in genere et in specie ducatuum Schwidniscensis et Jauroviensis conscripsi, fretus illo solatio, quod in arduis tentasse jam satis sit. Absit enim, ut meos qualescumque conatus summorum illorum virorum desideriis vel operibus componere audeam, ut potius ex hactenus dictis, si quaedam rectius deducenda hic deprehendantur, mihi patrocinium quaeram, benevolumque lectoris affectum ita expetam; quem si obtinuero, non est, quod de suscepta commentatione plura verba faciam, sed ipsum opus implorato divino auxilio aggredi praestat. Vale et fave.

SECTIO I. GENERALIS

CAPUT I.

De origine et natura feudorum Silesiae in genere.

SUMMARIA

Incertae Silesiorum res antiquae. §. 1.
Silesia erat olim provincia Poloniae. §. 2.
Postea Bohemiae accessit. §. 3.
Ignorabant olim feuda. §. 4.
Objectio resolvitur. §. 5.
Postea pedetentim introducta. §. 6.
Germanis occasionem dantibus. Unde oblata? §. 7.
Retinuerunt tamen naturam allodialem in multis. §. 8.
Exempla. §. 9.
Inde praesumuntur in dubio impropria. §. 10.
Schickfusius notatur. §. 11.
Vassalli sunt subditi. §. 12.
De servitiis equestribus. §. 13.

§. 1. Quae reliqua Germania aperta est fata, Silesiam lectissimam patriam etiam maxime tangunt: scilicet nulla vel plane exigua, eaque incerta de majorum tum rebus gestis tum moribus et institutis monumenta posteris supersunt, non quod inertes vel obscuros eos ideo dixeris (satis magnam enim sub diversis appellationibus celebritatem consecutos fuisse, ex intimis antiquitatum fontibus doctissime exposuit vir laude nostra major Martinus Hanchius in libris, quae *de Silesiorum majoribus et nominibus* conscripsit) sed quod non tam de scriptis quam scribendis sollicita fuerit gens, armis potius quam literis adsueta. Et quamvis hac in parte subsequentibus temporibus provida manus nonnumquam consulere voluerit posteritati, bellorum tamen frequentium calamitas, aliorumque casuum injuria hoc iterum nobis subtraxit, majorumque studium inane fecit. Hinc etiam hoc loco, ubi de primis apud hanc gentem feudorum originibus et exinde dependente illorum natura loco praefaminis quaedam disserere mens est, per conjecturas tantum probabiles rem obscuram dilucidare licet; id quod vix aliter commodius procedet, quam si pro diverso Silesiae statu investigato instituatur.

§. 2. Duae autem potissimum rerum silesiacarum periodi constituuntur, necesse est, missis antiquissimis temporibus, quorum mentionem hic injicere nostra non interest. Et prima quidem Silesiam regno Poloniae unitam sistit. Postquam enim subactis priscis incolis Slavi Sarmatiae hanc provinciam adjicerent, cum hoc regno, postea Polonia dicto, in totum coaluit tum quoad mores tum quoad appellationem, donec. sec. XII. a Boleslao III. regnum inter filios divideretur. Sed tantum aberat, ut illi mortuo patre ejus dispositionem agnoscerent, ut potius bellum intestinum inde oriretur, quod tandem auspiciis et consiliis Friderici I. Barbarossae, laudatissimi imperatoris, ita componebatur, ut penes secundogenitum Boleslaum IV. Crispum regni fasces manerent, Vladislao vero Silesia cum quibusdam terris adjacentibus perpetuo jure cederet: Cromerus *de Polonorum rebus lib.* 6. ex cujus posteris Silesia duce suos accepit, cum antea praefectis temporariis rege etur, qui terram hanc, de novo ita terminis a Polonia exactius distinctam, tenuerunt, comiter quidem adhuc colentes sceptra regia Polonorum, ita tamen, ut vinculum illud in dies postea laxius fieret, et ob commercia cum Germanis et Bohemis quotidiana a pristinis civibus animum averterent. Tandem Vladislao Loctico consilio non satis expenso in gentem hanc durius, quam par erat, imperium ambiente, ducibusque Silesiae regia stirpe Piastaea oriundis per electionem extranei Jagellionis Lituani a successione regni immerito exclusis, omni Polonorum consortio penitus se abdicarunt. *Pastor. hist. pol. lib.* 2. *c.* 8. §. 1.

§. 3. Sed quae se offerebat pristina libertas, non diu subsistere potuit penes principes, quorum ob divisam in varios principatus Silesiam tunc temporis complures erant, qui potius ob intestinas discordias, uti communiter inter mortales contingere solet, male cohaerentes, crebrisque Polonorum vicinorum invasionibus ita impares, minis, blanditiisque Johannis Luxemburgici, regis Bohemiae, principis prudentissimi capti, de novo clientelae alienae se commiserunt, (cum jam seculo praeced. 13. nonnulli superioris Silesiae ducatus vel jure belli vel ex pacto ad hoc regnum pervenissent) offerentes ducatus suos hactenus

liberos laudato regi in feudum; quemadmodum plerasque harum recognitionum feudalium formulas exhibet Schikfus. *chron. siles. lib.* 2. *c.* 1. exceptis ducatibus schwidnicensi et jauroviensi, cujus duces, Polonis adhuc adhaerentes, novum ejus imperium respuebant, donec filius Carolus IV. imperator per nuptias cum Anna Henrici Javoriensium ducis filia, unica haerede, ducatus hos Bohemiae etiam acquireret, Bolcone II. ultimo duce imprule ita disponente *in der Bertheidigung. welcher massen und wie die Fürstnthümer Schweidnitz und Jauer an die Cron Boheim gegeben. Datum Schweidnitz anno* 1353. *an der naechsten Mittwoche nach Petri und Pauli.* Quae est altera status silesiaci periodus.

§. 4. Jam ubi in feudorum Silesiae (eorum scilicet quae a privatis hodie in diversis ducatibus possidentur) originem inquirendum est, probabiles adsunt rationes, gentem hanc Poloniae arctius conjunctam h. e. ante sec. 12. feuda ignorasse. Judicabantur enim antiquissimis temporibus omnia hujus provinciae bona secundum jus polonicum, non hodiernum, sed quod tunc in usu erat, et cujus reliquiae in consuetudinibus et ordinationibus patriis subinde se adhuc exerunt, prout optime deduxit civis noster Caspar Shifordegherus *in tr. de vet. et novo siles. jure q.* 3. qui est *tr.* 30. *in ejus comment. ad Anton. Fabr. l.* 1. *p. m.* 256. Hoc autem jus, quod *Zaudae* nomine venit, tantum de bonis haereditariis agebat *von Erb-und eigenen Gütern*, non vero feudalibus *von Lehn-Güttern* (inde etiam saepius jus poloniense haereditarium dicitur) quemadmodum adhuc in viridi observantia est apud Glogovienses in quibusdam hujus ducatus districtibus, praecipue guraviensi, ubi semper distinguuntur bona haereditaria, *die vor das Zauden oder Polnische Recht gehören*, et feudalia, *die vor das Hoffgerichte gehören*, quod judicium introductis feudis demum constitutum fuisse videtur. Clarius illud adhuc patet ex eo, quod in ducatibus Silesiae superioris, oppoliensi, ratisboriensi, quin imo et teschinensi fere nulla feuda reperiantur et in ordinationibus privilegiisque harum terrarum non nisi de bonis haereditariis *Erbund eigenen Güttern* sermo sit, non sane ex alia ratione, quam quia pristinorum jurium vigor ibi diutius ac in aliis provinciis Germaniae vicinioribus mansit et adhuc manet. conf. Schifordegher. *alleg. loco* neque jura saxonica ibidem recepta sunt. Weingart. *fasc. jur. div. p.* 1. *lib.* 1. *p.* 33. ad quod accedit, quod ante sec. 12. a quo tempore rerum silesiacarum facies valde mutata fuit vix ullius investiturae feudalis mentio occurrat in monumentis Silesiae, librisque vel registris ducatuum feudalibus, de quo inprimis fide digna relatio quoad ducatus nostros me certiorem fecit. Constat autem ex talibus registris qualitatem feudalem bonorum potissimum probari. Wehner. *obs. pract. voce*; *Bücher.*

§. 5. Nec est, quod feudorum usum in Silesia ad antiquiora tempora referas, ex eo quod Silesii fuerint semper indigenae Germani, quamvis Polonis conjuncti; quae sententia est viri celeberrimi Martini Hanckii *in tr. de siles. major. cap. fin.* et ita conjicias, apud eos tamquam populum germanicum feuda jam olim obtinuisse, quia genti germanicae feudorum origo, quatenus in Europa extiterunt, ab antiquissimis temporibus communiter adscribitur; conf. Struv. *synt. jur. feud. c.* 1. §. 3. Esto enim, Silesios semper fuisse germanos; non invidemus patriae nostrae hanc originem: esto etiam quod ipsis aeque ac aliis Germaniae populis feuda olim cognita fuerint, (quamvis hoc vix ac ne vix quidem edoceri possit) eo ipso tamen non statim probatur, silesios Polonis arctius conjunctos bona feudalia habuisse; quin potius illud certum est, provinciam hanc, Poloniae unitam, hujus mores et instituta servasse. conf. Schifordegh. *alleg. loco q.* 3. Idque eo magis probabile, cum per d. et quod excurrit annos partem hujus regni constituerit, et sub generali Poloniae nomine comprehensa fuerit. conf. V. Cl. Hanckii *tr. de siles. nom. cap.* 6. In Polonia vero feuda olim aeque ignota fuisse videntur ac in Silesia, cum ibidem jus illud poloniense haereditarium maxime viguisse testetur laudatus Schifordegherus *loc. cit.* et quamvis hodie feudorum usum in hoc regno esse, docest Jctus Polonus, Andreas a Lipski *obs. pract. cens.* 1. *obs.* 73. sine dubio illorum introductio aeque a Germanis advenis, eorumque moribus receptis derivanda est, ac in Silesia ipsa, ad quod accedit, quod feuda in hoc regno hodienum sint rariora et ad haec valde impropria, pleraque vero bona haereditariam naturam retineant cum teste Hartknochio *de republica polonica lib.* 2. *cap.* 5. §. 13. Nobiles, qui, exceptis quibusdam civitatibus, soli bona terrestria possident, in ea absolutum dominium habeant, neque rex incousultis ordinibus feudum conferre possit. Idem *l.* 2. *c.* 2. §. 14. Ad recentiora ergo tempora hodiernorum feudorum initia referenda sunt.

§. 6. Scilicet cum post haec tempora Silesia Poloniae non amplius tam exacte cohaereret, usus feudorum apud hanc gentem etiam innotuit; cujus quidem rei annus et dies tam accurate designari nequit; mores enim extranei magis pedetentim irrepunt, quam una vice introducuntur; id tamen inprimis sec. 13. et 14. contigisse puto. Tum nimirum primam feudorum mentionem faciunt hujus terrae annales. Boleslaus I. etiam Schwidnicensium dux, princeps sapientissimus, varias circa feuda noviter constituta ordinationes condebat, tum quod jus feudale germanicum anno 1298. publice reciperet, tum quod circa servitia equestria, a nobilibus praestanda, certum ordinem praescriberet, habita ratione bonorum, quae quisque possidebat. Vid. Curaeus *Schless. chron. p.* 1. *p.* 78. Schickfus. *l.* 2 *c.* 27. *p.* 89. Id quod sine dubio intuitu novi nexus feudalis ita dispositum, cum antea indistincte ad servitia tenerentur. *Zuvor musten sie auff seyn, wie der Mann gesessen. cit. loco.* quae consuetudines feudales ex postfacto majora incrementa ceperunt, Johanne Lucemburgico, rege Bohemiae, primo domino directo, jus vetus Polonicale *Zaudam* in Silesia abrogante, nisi quod ejus usus adhuc in quibusdam ducatibus remaneret, uti §. 4. dictum fuit.

§. 7. Occasionem bonis his haereditariis inducendi naturam feudalem quod attinet: eam commodissime a commercio cum vicinis Germanis deduci posse existimo; quippe quos jam sec. 12. temporibus Henrici V. et Friderici Barbarossae imperatorum has regiones intrasse docet dn. Hanck. *tr. de siles. nom. g.* 6. Schichfus. *chron. l.* 1. *c.* 19. quorum numerus postea augebatur, cum principes Silesiae datis amplis privi-

legiis in Silesiam plures allicerent, ipsorum Germaniae procerum amicitiam etiam ambirent, (ut quos invidis Polonorum machinationibus opponere possent, haberent) et ab iis socios thalami peterent; non malo consilio, siquidem secundum illud taciti ad magnitentibus robur et decus est matrimonium; qua occasione multos Germanorum has terras adiisse et ibidem sedes suas collocasse admodum probabile est. Ita Curaeus annalium nostrorum scriptor. *p.* 1. *p.* 77. de St. Hedwiga, ducis Meraniae filia, Henrici Barbati ducis Silesiae conjuge memorat, eam multos nobiles Germanos secum in Silesiam duxisse. Idem de Mechtilde, ducis brunsuicensis filia, Henrici III. fidelis ducis glogoviensis et olsnensis conjuge asserit, cujus consiliis maritum Germanis noviter advenientibus concessisse varias terras testatur Schickfus. *Chron. l.* 4. *c.* 28. *p.* 174. conf. Friderici Lucae *Schlesische Denckwürdigkeiten p.* 8. *c.* 4. *p.* 1749. *seq.* Quibus novis incolis, praesertim nobilibus, ad servitia principum destinatis, cum providere vellent, more apud germanos diu usitato iis certa bona sub lege feu i concessa fuisse credo, quemadmodum talium concessionum plura vestigia occurrunt in antiquis literis investiturarum. Reliqui postea Silesiae nobiles a pristinis consuetudinibus etiam recedentes, bona, quae hactenus libere possederant, principibus suis in feudum obtulerunt, (quod moribus Germaniae et in specie Saxonis non incognitum conf. *l. r. l.* 1. *art.* 34. Excell. dn. Thomas. *disp. de feud. oblat.*) sive quod jussu ipsorum principum hoc fieret, qui ducatuum suorum statum ad instar germanicorum ita formare conabantur, sive quod ipsi nobiles opinione splendoris cujusdam, quem ex oblatione feudali sibi, suisque bonis accessurum esse credebant, illud eo lubentius facerent; et quae plures oblationum feudalium causae possunt constitui, de quibus videatur illustr. dn. Hert. *de feud. oblat. sect.* 1. Inde puto, passim receptam sententiam de feudis Silesiae oblatis quoque derivandam esse, quae etiam placet dn. Praesidi *in exam. jur. feud. c.* 2. *q.* 6. *in fine.* pluribus autem hoc demonstrandum dedit Schickfus. *in tr. inedito de consuetudinibus Silesiae feudalibus.*

§. 8. Quamvis autem feudalem qualitatem ita assumerent bona hactenus haereditaria, multa, immo in quibusdam locis dixerim ferme pleraque, ex pristino jure allodiali retinuerunt, vel ex postfacto per specialia privilegia recuperarunt; forte quod ipsi principes novos vassallos ad fidelitatem et servitia tantum adstringerent, vel quod nobiles feuda offerentes libertatem allodialem sibi reservarent. Quippe in quam plurimis locis foeminae quoque ad successionem admittuntur, Schultz. *synops. jur. feud. p.* 589. nec non agnati, quamvis simultanea investitura sibi antea non prospexerint: plerisque etiam vassallis libera alienandi et disponendi de bonis suis feudalibus competit facultas, nisi in specie in literis investiturae et privilegiis requiratur domini consensus. Heuel. *in silesiograph. p.* 77. *seq. et de dotalit. c.* 8. §. 7. *p.* 100. *seq. c.* 6. §. 6. *p.* 128. *seqq.* Ut proinde non immerito vocentur feuda Silesiae irregularia, degenerantia, maximeque impropria et anomala. conf. dn. Stryk. *disp. de objecto dationis in solutum cap.* 3. *n.* 26. Köppen. *dec.* 39. *n.* 28. *seqq.* Modest. Pistor. *vol. consil.* 2. *cons.* 11. Treutler. *consil.* 106. *n.* 32.

§. 9. Certiorem fidem haec merebuntur, si ipsas ducatuum Silesiae consuetudines et ordinationes intueri placet. In ducatu vratislaviensi investituris haec inseri solet clausula: *mit voller Macht zu verkauffen, zu versetzen, zu vergeben, oder zu verwechseln gantz oder ein Theil, oder sonst an seinen, seiner Erben und ehlichen Nachkömmlinge Nutz und Frommen zu wenden, als das ihnen oder ihme am nutzlichsten mag seyn, oder zu statten kommen.* quae concessa disponendi facultas feudum improprium et quidem mere et absolute haereditarium constitutum esse arguit. Kirchberg. *disc. de feud. ex pact. et provid. c.* 7. *n.* 87. *seqq.* Gail. *l.* 2. *obs.* 154. *n. fin.* In ducatibus lignicensi, bregensi et wolaviensi libertas haec quidem valde circumscripta est, cum ibi foeminae regulariter non admittantur ad successionem, neque vassalli sine consensu domini directi de feudis libere disponere possint inter extraneos; (nec diffitendum est, haud in aliis Silesiae terris vassallorum circa feuda jura ita restricta esse, ac quidem in his; quae quidem Lignicenses inprimis ampliora impetrare conati sunt, sed hactenus sine felici eventu) id tamen singulare, quod agnatis proximis, in his ducatibus jus possidendi feuda habentibus, perpetua quaedam simultanea investitura tribuatur, vassalloque inter agnatos libera circa feudum dispositio competat ex *privilegio* Friderici IV. ducis lignicensis *de anno* 1596. *art.* 9. et filiabus etiam in casu, si feudum deficientibus filiis ad proximos agnatos perveniat, tertiam partem pretii, quo feudum aestimatur, relinquere possit per testamentum vel alium quemcumque contractum. In ducatu Glogoviensi *ex privilegio Vladislai r. de anno* 1508. jus simultaneae investiturae etiam adscribitur *denen Brüdern und Brüders-Kindern und ihren naechstgesippten Freunden maennlichen Stammes.* Plenior quoque disponendi facultas vassallo concessa, ita ut, si agnati adhuc supersint, ad extraneum etiam dispositione vel inter vivos vel mortis causa feudum transferre possit; ipso autem sine filiis intestato decedente dimidia pars feudi vel pretii illius filiae, aut hac non existente, sorori cedat; prout videre est ex statuto a nobilibus hujus ducatus *anno* 1513. condito. Schickfus. *chron. siles. lib.* 3. *c.* 28. *p.* 431. 439. *seqq.* conf. dn. Stryk. *tr. de succ. ab int. d.* 3. *c.* 2. §. 19. *seq. ubi praejud.* Ejusdem ferme tenoris sunt feuda ducatus olsnensis, quae etiam pleno jure a vassallis possidentur, quod de vassallis ducatus monsterbergensis etiam asseri potest. De qualitate honorum apud Ratisborienses, Oppolienses et Teschinenses jam supra §. 4. dictum fuit, et latius singula ex ipsorum ducatuum privilegiis deduci possent, ni brevitatis studium nos avocaret, qui sectioni sequenti de feudorum apud Schwidnicenses et Jaurovienses natura expressa opera agere constituimus. Interea conferri possunt Schickfus. *in chron. siles.* et Weingarten *in fasc. jur. div.*

§. 10. Quae cum ita se habeant, fundamento suo non destituitur sententia illa, feuda Silesiae in dubio potius statuenda esse impropria seu obliqua, quam propria seu recta. Nec obstat, quod de jure communi contraria recepta sit opinio, et feudum in dubio rectum seu proprium praesumatur, quia naturalia feudorum semper inesse creduntur. Dn. Stryk. *exam. jur. feud. cap. III. q.* 6. Neque enim illa juris communis

praesumptio tam firmo nititur talo, ut ubi contrarium certioribus argumentis evinci potest, non elidatur; Improprium vero illam qualitatem non tantum in genere consuetudines Silesiae feudales, sed et in specie singulorum ducatuum constitutiones et privilegia arguunt, ex quibus in casu praesenti potius formanda est praesumptio, quam ex jure communi, quod deficientibus moribus regionis demum attendendum est. Mev. *consil. po thum.* 41. *n.* 19. et quamvis feuda illa Silesiae non quoad singulos ducatus sint uniformia et per omnia sibi respondeant; id tamen certum est, in omnibus aliquid deprehendi, quod ad pristinam naturam allodialem aliquo modo accedit. Ipsa etiam naturalia, quae alias feudum proprium ab improprio distinguunt, nihil aliud sunt, quam qualitates ab una alterave gente introductae et feudi essentiam non constituunt; inde per pacta et mores provinciarum facile mutari et abesse possunt. Anton. *disp. feud.* 1. *th.* 7. *lit. d.* Idque quoad Silesiam nostram experientia etiam docet.

§. 11. Sed Schickfusio non aeque subscribere possumus, qui in *Chron. Siles.* 53. *c.* 25. *p.* 303. nec non in tractatu suo inedito *de consuetudinibus Silesiae feudalibus* defendit, in Silesia fundum non praesumi allodialem sed feudalem. Quippe hoc non tantum rationi juris feudalis communis *a.* 2. *f.* 26. §. *inter filiam.* e diametro repugnat, sed etiam cum jure saxonico hactenus in Silesia recepto *l r. l.* 2. *art.* 43. non convenit. Carpz. *p. 1. c.* 7. *d.* 27. Immo §§. praecedentibus, ut puto, satis clare demonstravimus, antiquissimis temporibus bona Silesiae magis allodialia quam feudalia fuisse; et quamvis eorum qualitas ex postfacto mutata fuerit, Schickfusius tamen universalem horum bonorum metamorphosin vix ac ne vix quidem probare poterit, cum multa bona nobilium in ducatu Glogovienst et alibi pristina jura haereditaria hodienum retineant, et in plerisque Silesiae superioris ducatibus levia vel pene dixerim nulla feudorum reperiantur vestigia. Rebus igitur sic stantibus etiam in Silesia pro allodio praesumptio capienda, nec a juris saxonici vel communis dispositione ideo recedendum erit. Sed ita sentire placuit viro, de re patria alias non male merito, qui, cum fisci regii procurator esset, officii sui esse duxit, doctrinas et hypotheses muneri, cui praeerat, etiam conformare, et inde in allegatis tractatibus onus probandi libertatem et edendi titulum possessionis in possessores rejicere, a quo tamen alias immunes sunt. Dn. Stryk. *exam. jur. feud. c.* 2. *q.* 7. conf. Carpz. *p. i. c.* 27. *d.* 9. ne forte ita deficeret occasio, qua sibi et camerae prospicere, possessoribusque bonorum quaestionem movere posset: interea haec et multa alia prohibuerunt, quo minus tractatus ille mstus publicae exponeretur luci; circa quem auctorem etiam id adhuc notandum, quod non semper ea, qua decet fide, diplomata et monumenta Silesiae referat, uti vel constare potest ex causa *der Herren Praebendaten zu Bihlau, contra die Secularische Herrschafft Tirpitz im Briegischen Fürstenthum und Strehlischen Weichbilde*, ubi literae fundationis a Schickfusio in *chron. Siles. l.* 3. *c.* 1. *p.* 5. *seqq.* prolatae, valde mancae non respondebant authentico in aula caesarea *anno* 1689. exhibito.

§. 12. Status etiam eorum, qui hactenus bona haereditario jure possederant, per superinductam obligationem vassallitiam non mutatus fuit, sed nihilominus subditi mansere, quamvis vassalli fierent. Inde in Silesia specialem fidelitatem per vassallagium non promittunt, sed illa sub juramento subjectionis continetur. Jurant igitur, *getreu, gewöhr, gehorsam und unterthaenig zu seyn, und dass sie sich in allewege so verhalten wollen, wie einen rechten gehorsamen, treuen Unterthan und Vassallen oblieget und gebühret.* Quemadmodum haec verba expressa reperiuntur in formula homagii, a vassallis ducatuum schwidnicensis et jauronensis praestandi; a quo multum differt vassallagium in specie sic dictum, ubi vassalli qua tales tantum jurant: *getreu, hold und gewaertig zu seyn. Saechsisch. Lehn-Recht. cap.* 3. 2. *f.* 6. §. 1. Dn. Stryk. *exam. jur. feud. c.* 13. *q.* 10. Dn. Schilter. *comment. ad jus feud. alem. p.* 64. *seqq.* Ex quo etiam venit, quod mortuo domino directo, rege Bohemiae, homagium vel vassallagium a singulis non in specie successori praestetur, sed illud *unter der allgemeinen Landeshuldigung* comprehendatur; quod in multis aliis Germaniae territoriis etiam ita se habet. conf. *formulas homag.* in dn. Praesid. *exam. jur. feud. in append.*

§. 13. Hoc amplius observandum est, cum alias servitiorum praestationes sint actus feudis proprii, ita ut ad naturalia feudorum referantur; et feudum constitutum esse demonstrent. Rosenthal. *de feudis cap.* 12. *concl.* 14. *n.* 20. hoc tamen maxime fallere in Silesia. Non enim tantum feuda in nostris terris huic oneri sunt obnoxia, sed etiam bona allodialia. *Die Ritter-Dienste werden sowohl von Erb-und eigen-als von Lehn Güttern geleistet.* Quemadmodum hoc testatur Nicolaus Henelius, Jctus praeclarus et domesticus *in sua Silesiographia p.* 77. Clarius illud adhuc apparet ex evolutione *der Rechte und Landes-Ordnung des Fürstenthums Teschen* de anno 1592. quae reperitur apud Weingarten *p.* 2. *fol.* 309. Item ex ordinatione terrestri ducatuum oppoliensis et ratisboriensis apud eumdem *loc. cit. fol.* 228. in quibus ducatibus nobiles praedia sua jure haereditario possident, nihilominus tamen ad servitia tenentur equestria. Idem dicendum de illis bonis, quae in ducatu glogovienst secundum jus Polonicnse haereditarium, quod vulgo *Zauda* dicitur, aestimantur; de quibus videatur Johannis Alberti regis Poloniae *privilegium de anno* 1493. §. 10. *et* 13. nec non *Hertzogs Sigismundi privilegium über des Fürstenthums Manngericht de anno* 1505. *cap.* 12. §. 26. Weingart. *p.* 2. *fol.* 74. *et* 86. Conf. *Königs Ferdinandi I. Anordnung wegen der Ritter-Dienste im Glogauischen Fürstenthumb. de anno* 1550. apud Weingart. *loc. cit. fol* 112. *seq.* Rationem hujus rei si desid ras, eam vix aliunde peti posse existimo, quam quod servitiorum equestrium praestatio jam in usu fuerit ante introducta feuda, et quamvis post eorum introductionem certus modus sit definitus, uti ex loco, quem supra §. 6. adduximus, constat, eo ipso tamen reliqua bona, quae pristinam naturam servabant, ab obligatione illa serviendi non sunt exempta.

CAPUT II.

De jure, quo feuda Silesiae aestimantur.

SUMMARIA

Ab initio jus conventionale seu consuetudinarium obtinuit. §. 1.
Postea jus saxonicum feudale introductum. §. 2.
De auctoritate juris sax. feud. in Silesia. §. 3.
De jure feudali longobardico. §. 4.
De ll. imperii. §. 5.
Literae investiturarum potissimum attendendae. §. 6.

§. 1. Perspectis jam primis originibus nec non natura et qualitatibus feudorum Silesiae, non absque ratione de jure, quo illa aestimantur, et norma controversiarum feudalium quaedam adjici adhuc poterunt. Tenuia feudorum in Silesia initia, eaque successive introducta fuisse, supra assertum est; ex quo vix aliud jus primis temporibus obtinuisse credo, quam conventionale; scilicet pacta inter dominum et novum vassallum in investitura conventa, legem faciebant circa feudum, donec ex pluribus pactis similibus forte consuetudo vim juris habens proveniret; quemadmodum de jure feudali in genere asserit dn. Strykius *in exam. jur. feud. c. 1. in gen. n. 3.* Hinc etiam est, quod adhuc hodie tum in ordinationibus provincialibus tum etiam in aliis casibus semper provocetur *auff dass alte Herkommen, was hergebracht, und wie es vor Alters gehalten worden*, quae quidem consuetudines et conventiones feudales an statim ea aetate literis fuerint mandatae, non sine ratione dubito. Vix enim in Silesia unum diploma aut documentum (si exceperis quasdam ecclesiarum fundationes) ante sec. XII. confectum produci potest, ad quo demum tempore a conservandam certiorem rerum gestarum memoriam in scripturam acta publica redegerunt. Indigitatur modus hic noviter receptus in antiquissimis documentis, quorum haec communiter leguntur primordia: *sapientum sagax provisio futuris volens periculis obviare, persuasit gesta hominum, ne simul lapsu temporis labantur, viva voce testium ac scripturae adminiculo perennare.* Vel germanice: *Alle Haendel, die die Laenge sollen bestehen, die werden mit Zeugniss der Briefe bekraefftiget.* Et quae sunt plures aliae similes formulae in diplomatibus occurrentes. Lingua autem latina tum in aliis negotiis tum etiam in investiturarum potissimum usos fuisse, docent multae investiturarum formulae, adductae a Schifordeghero in tractatibus *de vet. et novo jure Silesiae et de jurisd. quae olim fuit in Silesia*; donec a tempore Caroli IV. imperatoris stylus germanicus in curias et judicia Silesiae etiam introduceretur. Schickfus. *Chron. Siles. l. 1. c. 30. p. 76.* quod summus vir Hermannus Conringius de Germania etiam testatur *in tr. de orig. jur. german. cap. 27.*

§. 2. Qualiacumque vero haec jura vel consuetudines fuerint, a moribus et institutis Germanorum haud aliena fuisse, eo facilius praesumi potest, quo certius est, ipsos Germanos in Silesia primum feuda constituendis dedisse ansam, principesque novis his incolis domestico jure uti permisisse. Conf. Couring. *de orig. jur. Germ. cap. 31. p. 191. seqq.* Numero vassallorum, feudorumque deinde auctu, cum auctoritas juris pristini polonicnsis magis magisque vilesceret, Boleslaum I. ducem Silesiae schwidnicensem jus feudale germanicum (*das deutsche Lehnrecht*) introduxisse docet Schickfus *chron. Siles. l. 3. c. 25. p. 302.* Lucae *Schless. Denckw p. 4. c. 9. p. 1252. et p. 6. p. 1914. seqq.* An solemni constitutione haec introductio facta fuerit, nobis certo non liquet; neque enim ullum hac de re Boleslai diploma superest, sed quod hic asseruit Schickfusius, nititur potius continua patrum traditione, quam alio certo testimonio; utique tamen expressa sanctione hoc contingere potuit, cum etiam reliquum jus germanicum, quod magdeburgense in antiquis documentis communiter dicitur, ita introductum fuerit. Quid autem hoc jure feudali germanico veniat, jus alemannicum, an saxonicum, non magno labore conjici potest. Scilicet cum Silesiis eo tempore praecipue cum finitima Germania, quae his legibus utebatur, intercederent commercia, principesque etiam civitatibus jura saxonica constituerent (uti de civitate vratislaviensi testatur Hencl. *Breslograph. p. 37.* et de schwidnicensi Schifordegh. *de vet. et novo jure Siles. qu. 5.*) dubio procul jus saxonicum feudale fuit. Ipse Conringius hoc innuit *in tr. de orig. jur. germ. c. 30. p. 185.* ubi dicit, sub initium sequentis seculi (scil. XIV.) jam in Bohemiam ac Poloniam hoc jus commigrasse et consequenter etiam in Silesiam; quod amplius indicat titulus praefixus juri feudali saxonico latine concepto, quod ex antiquo codice Melchior Goldastus inseruit suis *constitutionibus et ll. imperii p. 192.* qui ita se habet: *jus feudale, sicut apud Saxones, Bohemos, Brandenburgicos, Holsatos seu Dunos, Silesios, Borussos Livonos, Lituanos, Russos etc. adhuc reperitur.* Et quod nobis omne dubium eximit, est, quod sub jure teutonico, sive illud sit civile sive feudale, semper intelligatur jus saxonicum, quando ejus in antiquis Silesiae et Poloniae monumentis et diplomatibus injicitur mentio; quemadmodum hoc constare potest ex locis a Conringio *allegato tr.* adductis conf. Hartknoch. *de rep. pol. lib. 2. c. 2. §. 5.* Jus feudale alemannicum autem hic minime subintelligitur, quippe quod in terris regni germanici immedialis sc. Germania superiore et quae vicariatui ad rhenum subjectae erant, tantum obtinuit, teste dn. Schiltero *comment. jur. feud. alem. in supplem. p. 469.* Conf. ill. dn. Cocceji *jurispr. publ. c. 23. §. 5. seq. p. 388.* quarum provinciarum leges et consuetudines Silesiae minus cognitae erant, nisi quatenus saxonicis forte respondereut. Videatur spec. suev. *cap. 393.*

§. 3. Est ergo jus saxonicum feudale commune, quod in Silesia circa feuda receptum. conf. dn. Schilt. *comm. ad jus feud. alem. p. 546. seq. §. 4.* et comprehenditur, quoties leges patriae allegant *das Land übliche Sachsen-Recht.* Non tamen simpliciter et indistincte secundum illud pronunciare oportet; quippe Henelio teste in *otio Vratislav. p. 413.* Silesia jure saxonico non vi obligationis, sed ut jure assumpto utitur. Quamvis enim laudatus Boleslaus I. jus saxonicum feudale

introduxerit, eo ipso tamen non prohibuit, quo minus a successoribus specialiora jura constituerentur, aut per mores contrarios eidem addi vel detrahi aliquid posset; perinde ac receptio juris romani statuum imperii potestatem legislatoriam non ita restrinxit, quominus statuta particularia in suis territoriis contra jus commune adhuc condere possent. Videatur excellentissimi dn. Thomasii *disp. de statuum imperii potestate legislatoria contra jus commune.* Merito igitur ordinationes, privilegia et consuetudines cujuscunque ducatus ante omnia in causarum feudalium controversiis attendi debent, dn. Stryk. *exam. jur. feud. cap.* 1. *q.* 23. antequam ex jure feudali saxonico petatur decisio; secundum vulgatum illud: *Willkühr bricht Stadt Recht, Stadt-Recht bricht Land Recht, Land-Recht bricht Kaeyser-Recht*, quae regula ipsi juri saxonico non displicet. Conf. *Weichbild. art.* 24. *in fine.* Carpz. *p.* 2. *c.* 14. *d.* 25. *n.* 5. Cujus juris auctoritatem potissimum ex usu dependere etiam apud Silesios, satis accurate monstrat Schifordegher. *in tr. de vet. et nov. jure Siles. q.* 7. siquidem non omnia, quae ibi habentur, moribus nostris conveniunt, neque etiam ubique terrarum eadem ejus est auctoritas. In Silesia enim superiori exiguum ejus esse usum indicat Schiford. *cit. tr. q.* 3. *in fin.* conf. Weingard. *fasc. jur. div. l.* 1. *p.* 1. *p.* 33. Indeque saepius ejus receptio in casu praesenti docenda prius est, quam ex eo decidatur. Caeterum de principum Silesiae potestate legislatoria confer eruditissimam dissertationem dn. Mihlichii, ducatum nostrorum advocati jurati *ad Bolconis II. constitutionem de succ. ab int. s. i. c.* 2.

§. 4. Quid vero de jure feudali longobardico, quod juris feudalis communis nomine alias venit, dicendum? annuon et hoc in Silesia usum praestabit? Si quod videtur dicendum est, exiguam valde auctoritatem apud nos ipsi tribui posse puto, sive quod illud in ipsa Germania tunc demum (scil. sec. XV.) innotesceret, Conring. *de orig. jur. Germ. c.* 32. *p.* 205. cum jam Silesiae per jus feudale saxonicum prospectum esset, sive quod ipsa Silesia juribus pristinis tenaciter semper inhaeserit, neglectis extraneis. Constat illud ex querela illa statuum ducatus schwidnicensis et jauroviensis, quae reperire est *in der Kayserlichen Confirmation Rudolphi II. der Vergleichung des Zwölffer-Rechts, auch der Supplication und Revision halben de anno* 1601. §. *Obwohl vor vielen langen Jahren.* Weingart. *p.* 2. *p.* 281. Quinimo quia jure communi feudali haereditaria feuda, qualia pleraque apud Silesios esse supra diximus, maximam partem ignorantur, dn. Stryk. *disp. de feud. pomer. c.* 1. §. 2. *n.* 1. vel ex hoc fundamento aliquis ejus usus vix erit. In tantum tamen admitti posset, ut quemadmodum jus Romanum in Silesia in subsidium allegatur, Henel. *Silesiograph. p.* 102. *seq.* ita eidem quoque locus sit, quoties ex investiturarum pactis causa decidi nequit, et jura statutaria, saxonicaque deficiunt. Idque quoad nostros ducatus eo minus dubii habet, postquam augustissimus imperator Leopoldus Viennae *anno* 1660. *d.* 15. *decembr. an das Königl. Oberamts-Collegium wegen des Mann oder Land Rechts der Fürstenthümer Schweidnitz und Jauer* rescriptum dedit, ubi inter alia *denen Advocaten die lateinische Sprache zugesprochen, und leges zu allegiren zugelassen wird.* Conf. *Die Landes Ordnung des Fürstenthums Sagan de anno* 1655. *art.* 10. Weingart. *p.* 2. *fol.* 418. dn. Schild. *ad jus feud. alem. p.* 468.

§. 5. Multo minus quae in constitutionibus imperii romano germanici de feudis sanciuntur ad Silesiam pertinebunt. Rex enim Bohemiae tamquam princeps slavici juris, seu qui jus civitatis germanicae non habet, in comitiis imperii, ubi de legibus condendis agitur, non comparet. Ill. Cocceius *jur. publ. prud. cap.* 3. §. 66. *p.* 7. quo ipso neque in leges illas consentit, neque provincias suas iis vult esse obnoxias, Vid. *rec. imp. de anno* 1551. §. 53. *seqq.* Du. Schwed. *introd. ad jus publ. part. spec. sect.* 2. *cap.* 5. §. 4. *p.* 624. Silesia autem provincia est Boemiae inserta, et nulla cum imperio ipsi in specie res est. Conf. Henel. *Silesiograph. p.* 83. *seqq.* Inde valde impertinens fore credo, si quis in Silesia tamquam legem allegaret recessum imperii.

§. 6. Praeprimis in casibus dubiis illud quod inter dominum et vassallum actum est, hoc est, tenor investiturae, et quidem primae inspiciendus erit. Struv. *synt. jur. feud. c.* 1. *th.* 11. videatur *die Instruction wegen Untersuchung der Schlesischen Lehn und andere Suchen betreffend* apud Weingart. *in fascic. jur. div. p.* 2. *p.* 395. *seqq.* ubi gloriosissimae recordationis imperator Rudolphus II. §. *wenn denn.* Commissarios ad cognoscendam rem feudalem apud Silesios delegatos ante omnia attendere jubet: *Ob der Tenor primae investiturae allemal richtig beobachtet worden.* Quanta autem veteres investiturarum formulae laborent difficultate et obscuritate, constare potest vel ex iis, quae Schickfus. *in Chron. Siles. l.* 3. *c.* 25. habet. Scilicet in illis saepius ne quidem mentio occurrit verbi alicujus feudalis, ut peritissimi Jcti haesitaverint in pronunciando, an bona quaestionis essent *Lehn oder Erb und eigen.* Praecipue clausula illa: *cum omni jure et dominio*: mirum in modum eos exercuit, ita ut valde inter se dissentirent Jcti Lipsienses atque Wittebergenses et Viadriani, bona sub tali clausula concessa feuda essent, an allodia. Et quidem pro allodio pronunciatum fuit in aula caesarea; Schickfus. *alleg. loco*: Schifordegerus autem *in tr. de jurisd. quae olim fuit in Silesia qu.* 5. neutrum hac clausula indigitari, sed jurisdictionem superiorem et inferiorem ita concessam fuisse a ducibus, erudite demonstravit; laudato tamen imperatori contrarium placuit, qui noluit intelligi sub hac formula *die Ober-und Unter Gerichte.* conf. *alleg. instruction.* §. *So werden wir auch berichtet.* Qualitatem hanc feudalem ideo primis investituris non tam accurate insertam fuisse puto, quod bona illa ex pristino jure allodiali pleraque retinerent, etiamsi vassallis novis tamquam beneficia concederentur; quae cum postea in intermediis investituris distinctius fuerit expressa, ex sequentibus primam non immerito declarare licet. conf. Struv. *cit. loc. n.* 3. *in fine.* Adeoque non diffitendum est, praesumptioni, quam Schickfusius in genere format, aliquando fuisse locum. Hodie in ejusmodi controversiis ad cancellariam feudalem regulariter provocatur, ut ibi libri feudales *Lehn Register* evolvantur; qui cum singulorum bonorum investituras et qualitates satis accurate contineant, et adhaec publica fide sustineantur, merito certissimam suppeditant decisionem. Et haec de feudis Silesiae in genere dixisse sufficiat.

SECTIO II. SPECIALIS

CAPUT I.

De natura et divisione feudorum in ducatibus Silesiae schwidnicensi et jauroviensi.

SUMMARIA

Cur horum ducatum conjunctim fiat mentio? §. 1.
Sunt feuda mere haereditaria. §. 2.
Quod demonstratur. §. 3.
Manent tamen vera feuda. §. 4.
Sunt vel majora. §. 5.
Vel minora seu inferiora. §. 6.
De scultetiis haereditariis. §. 7.
De reliquis speciebus feudorum minorum. §. 8.
Von ausgekauften Bauer Güttern. §. 9.
Von Burck Lehnen. §. 10.
Von Geschössern. §. 11.
De feudis quibusdam extra curtem. §. 12.

§ 1. Hactenus de re feudali apud Silesios in genere quaedam praemissa sunt, nunc ordinis ratio quem elegimus ad propositum propius nos defert. Ante omnia vero dicendum, cur conjunctim horum duorum ducatuum schwidnicensis et jauroviensis semper hic fiat mentio: scilicet cum ducatus hi per nuptias Caroli IV. imperatoris cum Anna Henrici ducis jauroviensis filia, mortuo patruo Bolcone II. duce schwidnicensi, Bohemiae accederent, uti supra *s. i. c. i.* §. 3. dictum fuit, Anna Augusta clementissime constituit, ducatus quos haereditario jure acquisiverat, nullo tempore separandos esse, vel, uti verba hujus constitutionis se habent: *Dass wir in keinen Zeiten gestatten oder verhaengen wollen, dass die obgenandten Fürstenthümer, Lande und Zugehörung gesondert und getheilet werden, sondern wir wollen, meinen und geloben dieselben Fürstenthümer und Lande ewiglich zu behalten.* Weingart. *p.* 2. *fol.* 269. *seqq.* ex ea forte ratione, quae in sequentibus simul subjungitur, quod filius primogenitus regis Bohemiae amplissimarum harum terrarum ita conjunctarum dux et dominus esse debeat: *Der Aelteste aus untern Söhnen soll allein dieselbigen Lande erben und besitzen* Perinde ac in Gallia primogenitus regis Delphinatus et apud Anglos Walliae princeps est. Dn. Becmann. *in synt. dignit. dies.* 3. *c.* 4. ex quo forte venit, quod a Ferdinando II. imperatore filio Ferdinando III. ducatus hi collati fuerint, uti notat *Friedrich Lichtenstern in der Schlesischen Fürsten Crone p.* 369. et ab hoc iterum Ferdinando IV. Idem *in Schlesischen Denckwürdigkeiten p.* 186. qui tamen in eo fallitur, quod ab hoc demum tempore hanc consuetudinem derivare velit. Privilegium hoc Annae Augustae non tantum augustissimus maritus Carolus IV. ejusque filius Wenceslaus anno 1369. confirmarunt, sed et omnes reliqui successores ratam habuere illam unionem, quae in hunc usque diem subsistit, et ut porro in commune patriae bonum feliciter subsistat, optabunt omnes boni. Unitis ita ducatibus ex concessione Caroli IV. imperatoris de anno 1369. Weingart. *p.* 2. *fol.* 262. *seq.* nonnisi unus praeest capitaneus, (cum alias plerique reliqui ducatus peculiarem habeant directorem. Henel. *Silesiograph. p.* 92.) privilegia ut plurimum competunt aequalia et quod in uno obtinet, tantum non quoad alterum etiam asseri potest; scil. quod concernit status provinciales, remque feudalem: civitates enim inter se diversa habent statutaria jura, quae huc non pertinent.

§. 2. Jam quae de feudis Silesiae in genere supra asseruimus, optime applicari possunt iis, de quibus in specie praesentem suscipimus tractationem. Sunt enim valde impropria et a communi feudorum natura ita degenerant, ut Schifordegh. *in tr. de vet. jurid.* » *quae olim fuit in Silesia quaest.* 6. *in fine* statuere » non dubitet: in ducatibus schwidnicensi et jauro» viensi paucissima feuda possidere nobiles, cum po» tius pagi et villae omniaque bona nobilium ad in» star patrimoniorum essent redacta; quae si paulo altius perpendere placet, statim apparet, ad quam classem nostra referenda sint; scilicet ad feuda mere haereditaria, *eigenthümliche Lehn Gütter, Erblehne.* Cumque in sequentibus ad hanc feudorum speciem nostra examinare propositum sit, e re erit, praemittere, quid nobis hoc loco feudum mere haereditarium significet. Mirum enim in modum hic variant dd. quorum inventum proprie est, divisio feudi in haereditarium et ex pacto et providentia. conf. Struv. *synt. jur. feud. c.* 4. §. 11. Est ergo nobis feudum improprium ratione transmissionis tale pro se, haeredibusque quibuscumque concessum. conf. dn. Stryk. *exam. jur. feud. c.* 4. *qu.* 45.

§. 3. Hanc definitionem optime convenire feudis nostris patet ex eo, quod possessoribus eorum non tantum inter vivos libera semper competat disponendi facultas, sed etiam per ultimam voluntatem ad quemcumque licet extraneus fuerit, illa transferri possint, immo foeminae etiam ad successionem admittantur; et quae sunt plura alia jura, quibus horum ducatuum vassalli gaudent vi privilegiorum Vladislai et Rudolphi II. immortalis memoriae principum, quorum specialiorem evolutionem sequentibus capitibus reservamus. Sufficit in praesentiarum probasse, qualitates illas feudi mere haereditarii potiores, prout a dd. designantur, in feudis nostris extare. conf. Ludw. *tr. feud. p. m. l.* 20. *se q.* Struv. *synt. jur. feud. c.* 4. §. 13. Nec obstat, quod praeterea moribus et statutis quaedam singularia adhuc superinducta fuerint: omnis enim feudi haereditarii qualitas, quomodocumque ea se habeat, regulariter determinanda est ex pactis et moribus regionum, cum jure feudali neque communi neque saxonico de eo aliquid dispositum legatur.

§. 4. Sed rebus ita stantibus absit ut bonis his plane allodialem naturam attribuamus, aut possessores ab obligatione feudali absolvamus. Omnino enim adhuc feuda manent, quod vel appellatio eorum docet; vo-

cantur enim semper in privilegiis et constitutionibus provincialibus *Ritterund Lehn-Gütter*, quamvis sint valde degenerantia; quae quoad successionem et alienationem tantum singulare jus habent, in reliquis vero feudalem qualitatem retinent *a. 2. f. 48. conf.* Struv. *obs. feud. de feudo haeredit. p. 59.* videatur dn. Stryk. *exam. jur. feud. c. 4. q. 46.* nam feudum in uno improprium, quoad reliqua tamen proprium esse non desinit. Anton. *disp. 1. th. 7. lit. e.* Qualis seu tentia de feudis Silesiae in genere etiam placuit summo judicio appellationum pragensi *in dem Gutachten wegen Lehn Sachen in Schlesien de anno* 1575. conf. Weingart. *fasc. jur. div. p. 2. p. 394. seq.* Idque clarius adhuc indicat clausula illa reservatoria, concessionibus et privilegiis nostrorum ducatuum subjungi solita, *doch uns an unsern Königlichen und Landes-Fürstlichen Regalien, Lehn, diensten und Pflichten ohne Nachtheil und Schaden; das erinnern wir ernstlich.* Quae literis investiturarum communiter etiam annectitur. *Unsers Herren Königes Lehen, Diensten, rechten und Gerechtigkeiten gantz unschaedlichen.* Inde vassallis nostris necessitas renovandi investituram neutiquam remissa est, et quin ob felloniam feudo privari possint nullus dubito.

§. 5. Non tamen unius ejusdemque generis sunt singula horum ducatuum feuda, sed diversae eorumdem speciei occurrunt, dividique possunt in majora et inferiora seu minora; quae distinctio fere convenire videtur cum ea, quando dd. feudum in nobile et ignobile seu plebejum dividunt. Occurrit ea in ipsis harum terrarum privilegiis, cum ibi semper diversus sermo sit *von Ritter Sitzen, Ritter und Lehn Güttern, et Lehen, Lehnschafften*; quae ultima forte inferiora seu plebeja denotant. In eo vero feuda illa majora vel si mavis, nobilia potissimum a reliquis se distinguunt, quod eorumdem possessio non quidem nobilitatem personalem tribuat, attamen statuum jus in possessorem derivet, quin imo singularia jura etiam plerumque annexa habeat e. g. jus venandi, jurisdictionem. Vassalli quoque investituram impetrantes, vel renovantes, praeter sportulas ordinarias nullum solvunt laudemium cancellariae, dignioriqne semper habentur loco, ita ut pristinis temporibus nonnisi nobilis ea possidere potuerit, de quo cap. seq. dicendum erit.

§. 6. Ab his multum differunt feuda, quae diximus inferiora seu plebeja, proprie autem in his ducatibus vocantur *Königliche Lehn Gütter*, forte quod olim principes et reges praedia illa certis personis concederent, sub onere praestandi laudemii. Quibus non dissimiles sunt *agri fiscalini* veterum Germanorum, quae hodie *Erschaetzige Hoff Gütter* vocantur, de quibus agit Joach. Vadianus *in epistola ad Bullingerum de obscuris alemannicorum verborum significationibus*, quae habetur apud Goldast. *rer. alem. tom. 2. p. 59.* conf. dn. Schilt. *diss. de bonis laudemialibus annexa comment ad jus feud. alem.* Quod nostra attinet, quoad investituram a reliquis feudis majoribus non recedunt, quippe etiam ab illustrissimo horum ducatuum capitaneo nomine regis Bohemiae conferuntur, sed qui eam impetrant, praeter sportulas illas ordinarias centesimam partem pretii loco laudemii, *zur Lehnwar*, regi Bohemiae, tamquam domino directo, nec non ipsi capitaneo certam adhuc summam, *die zehende Marck des Kauffgeldes* praestare tenentur, quod in feudis plebejis communiter ita se habere asserit Wehner *obs. pract. voce Handlohn.* Caeterum talis vassallus jus statuum non consequitur, neque ipsis his feudis facile adhaerent jura alia regalia. Inde ad comparandam horum feudorum possessionem quilibet aspirare potest, sive sit civis sive rusticus, quamvis alias jure possidendi feuda nobilia non gaudeat. Habent etiam eorumdem possessores liberum disponendi jus, et quovis modo et tempore ea alienare possunt. Neque investiturae renovatio apud eos necessaria est, nisi respectu novi possessoris, ad quem per alienationem transfertur, *wenn er sich das Lehn verreichen laest*, quo casu laudemium etiam praestat, non vero si per successionem ab intestato ad haeredes feudum tale devolvatur. Laudemium enim regulariter solvitur tantum pro feudo noviter acquirendo; in successione vero nihil novi acquiritur, sed acquisitum tantum transmittitur. Struv. *synt. jur. feud. cap. 10. §. 13. n. 3.*

§. 7. Feudi aliquam speciem, sed plebeji apud nos etiam constituunt Sculetiae haereditariae, *die Erbscholtzereyen*, quae sunt bona pagana, quibus officium Sculteti tamquam fundi qualitas adhaeret, ita ut ad quemcumque possessorem fundi illius transferatur. Conditio vero horum Scultetorum et scultetiarum ex pristinis temporibus deducenda est. Quippe advocatus provincialis, qui nomine regis vel principis olim in villis jurisdictionem exercebat, constituebat in singulis pagis suum vicarium et ministrum, ut ibi judex rusticanus esset, qui *Scultetus* dicebatur, germanice *schultheiss*, quod officium cum ex postfacto, uti ipsa advocatia provincialis (*Landvogtey*) haereditarium fieret, vel a domino villae vel etiam ab advocato provinciali certa praedia sunt adjecta quae una cum officio ad haeredes transmitti poterant, eaque appellata *Erbscholtzereyen, Erb-Gerichte.* Quae consuetudo moribus Saxoniae non fuit incognita, videatur *l. r. lib. 1. art. 55. 56. ibique glossam. Weichbild. art. 33. in glosa.* item *lehn r. art. 78. in glossa.* conf. Coler. *de proc. execut. p. 2. c. 1. n. 11 seqq.* Brummeri *disp. de scabinis.* Hodie quidem officium advocati provincialis desiit, supersunt tamen in nostris praeprimis ducatibus plures ejusmodi scultetiae haereditariae, quas ad feuda plebeja *gemeine Lehn* refert civis noster Schifordegherus *in tr. de jurisd. quae olim fuit in Silesia qu. 5. et 6.* quem hoc loco potissimum sequimur; difficile vero est horum bonorum qualitatem in universum accurate determinare, cum non omnes scultetiae eamdem habeant formam. Quaedam enim ad feuda proxime accedunt, ita ut possessores iisdem instar reliquorum vassallorum investiantur, et ad servitia certa militaria praestanda sint obligati; quaedam vero bona emphyteutica esse videntur, et canonis annui praestationem saltem requirunt. Illud certum est, possessores talia bona regulariter recognoscere a domino villae, cui etiam intervenientе alienatione, quae ipsis libera est, laudemium certum solvunt, et a quo postea novi possessores investiuntur. Officium tamen Sculteti hodie non semper bonis his adhaeret, quamvis nomen scultetiarum haereditariarum adhuc retineant, sed alia persona constitui solet, quae in pago apud rusticos munere illo fungatur. Id quod praesertim contingit, si possessores ex equestri vel honoratiorum civium

ordine sint, alibique degant. Operae pretium esset, sculletias illas paulo accuratius examinare secundum statum tam pristinum quam hodiernum; et occasionem inquirendi satis amplam dedit laudatus noster civis *allegato loco*, sed majorem rerum patriarum notitiam hoc praesupponit, quam quod a nobis illud digne tractari posset, et nostro scopo etiam tam accurate non convenit iste labor, qui de feudis majoribus hoc loco potius agimus.

§. 8. Sunt et adhuc alia bona, de quibus status horum ducatuum tum clerici tum seculares investituram concedere solent. Gaudet amplissimus senatus schwidnicensis inprimis hoc privilegio quod de certis bonis in Weichbildo nostro sitis nomine regis Bohemiae investituram perficiat, idque adhuc hodie obtinere monstravit conterraneus noster dn. Carisius *in disp. de civ. Schwidn. jure emendi feuda nob. disp.* 2. §. 7. Ejusmodi tamen feuda (modo talia sint) in numerum majorum referri haud poterunt, cum eorum possessores jura statuum sibi non simul acquirant. Ipsa quoque haec bona saepius magis emphyteutica vel censualia dixeris quam feudalia. Vox enim *Lehn* in his ducatibus promiscue usurpatur, neque semper denotat feudum aliquod, sed hoc nomine etiam veniunt bona emphyteuticaria et censualia, de quibus vocabulum investiturae *Belehnung*, *Lehn-Brieff*, aeque adhibetur ac de feudis ipsis; quorum verborum varia acceptio etiam in juribus germanicis subinde occurrit. conf. Schilt. *comm. ad jus feud. alem. p.* 390. *seqq.* Ad quod accedit, ita dictos vassallos (*Lehns-Leute*) dominis directis non tam ad fidem et servitia quam ad canonem vel censum annuum obligari; indeque bona eorum pro veris feudis haberi vix possunt. Struv. *synt. jur. feud. c.* 4. §. 10.

§. 9. Quoad bona paganica a nobilibus empta, *ausgekauffte Bauer-Gütter*, specialis etiam dispositio obtinet in terris nostris, ex privilegio Rudolphi II. imperatoris felicissimae memoriae de anno 1587. conf. Weingart. *p.* 2. *p.* 378. *seq.* ubi constitutum, quod in bona illa paganica uti in feuda ipsa, quibus alias adhaerent, secundum privilegium divi Vladislai de anno 1511. (quod infra pluribus explicabimus) successio fieri debeat, et consequenter filiae cum filiis vel reliqui cognati (*Mit verwanten weibliches Geschlechts*) cum agnatis concurrere nequeant; quod alias in bonis haereditariis (*in Erb und eigenen Güttern*) contingit. *Im Fall sichs begebe, dass einer von Adel ohne ordentliches Testament verstürbe, und dergleichen ausgekauffte Gütter hinter sich verliesse, dass dieselben gleich andern Ritter-und Lehn-Güttern sich nach Besag und Inhalt solches Privilegii, und nicht anders verfallen sollen.* Id ergo haec constitutio intendit, ne talia bona habeantur pro haereditariis, *vor Erbe*, sed pro feudalibus, *vor Lehn*, neque filiae, quae extantibus filiis considerantur tamquam haeredes allodiales *als Land Erben*, cum iisdem *als Lehn-Erben*, aequale jus in succedendo praetendere possint. *l. r. lib.* 2. *art.* 21. *in glossa prope fin.* Contraria decisio reperitur in jure saxonico post *Weichbild* sub tit. *So ein Edelmann Bauer Gütter kauffi und gebraucht, ob die den Lehn-Güttern einverleibet werden.* Struv. *gent. dec. feud.* 56. Zobel. *dissert. jur. sax. et civ. p.* 2. *diss.* 46. conf. Carpzov. *p.* 3. *c* 30. *d.* 12. Exaequata vero sunt bona haec rusticana feudis tantum quoad successionem, non vero quoad reliqua jura, ita ut feudalem qualitatem penitus non induant, quod inprimis hodie observatur, ut sine expresso saltuum reliquorum consensu bona rustica a dominis empta, et feudis suis adjuncta naturam horum non sortiantur, sed steuris rusticis, juri hospitationis, ac vecturae militaris reliquisque oneribus, a praediis aliis rusticis praestari solitis, obnoxia maneant. Vassallus enim hic non ut dominus villae, sed ut possessor praedii rustici consideratur. Struv. *synt. jur. feud. cap.* 3. *th.* 8. *n.* 3.

§. 10. Cum etiam in privilegiis et ordinationibus harum terrarum saepius mentio fiat *feudorum castrensium der Burek Lehne*, de eorum qualitate adhuc dicendum erit. Venerunt autem hoc nomine apud nos olim bona principum cameralia a burgo seu castro adjacente ita appellata, quorum administratores ibi residentes *Burggravii* seu castellani dicebantur. conf. dn. Coccejus *ipr. publ. c.* 15. *n.* 25. Apparet illud ex divi Rudolphi II. *Kayserlichen Erb Brieff über das Burch-Lehn und Zuge ör zum Jauer de anno* 1602. ubi optimus patriae pater statibus provincialibus feudum illud Burgense vendit *als unser eigenthümliches Cammer-Gutt.* Insignem eorum olim fuisse numerum constat ex recensione illa, quam exhibet Daniel a Czepco in msto quodam *Kurtzer Begriff der beyden Fürstenthümer Schweidnitz und Jauer*; nec non ex catalogo burggraviorum, qui reperitur *in König Wentzlaws Vorschreibung und Gelübde, die Hertzogin Agnesin bey ihrem Recht und Leibgedinge verbleiben zu lassen. de anno* 1369. Hodie horum bonorum conditio valde est immutata, quippe quae vel ex liberalitate vel necessitate sic urgente alienata, et nobilibus vel aliis personis in feudum concessa, aut vendita sunt; non obstantibus privilegiis Caroli IV. et successorum, in quibus de non alienandis castris regiis, eorumque pertinentiis expresse cautum erat. Inde evenit, quod in ducatu schwidnicensi et jauraviensi bona cameralia nulla hodienum supersint; nec facile feudum apud nos apertum fiet, ut ad dominum directum reverteretur, ob liberam disponendi facultatem, quae vassallis nostris inter vivos et mortis causa semper competit.

§. 11. Placuit etiam de alio feudorum genere aliquid superaddere, quae in nostris ducatibus occurrunt et nomine *der Königlichen Geschösser* veniunt. Sunt vero annui census in feudum dati pagis quibusdam inhaerentes, consistentes plerumque in certa frumenti mensura ex singulis jugeribus annuatim praestanda. Non ignorat ejusmodi feuda, quae in annuis redditibus consistunt, jus saxonicum. conf. *Lehn-Recht. cap.* 10. ubi species quaedam illius allegatur, quod *Pfund-Lehn* dicitur. conf. dn. Schilt. *jur. alem. feud. p.* 131. *seqq.* Wehner. *voce Schatzung*. Cum enim annui redditus vel census rebus immobilibus annumerentur, feudi constitutio in iis omnino admitti potest. Anton. *jus feud. disp.* 3. *th.* 5. *lit. b.* Hos census annuos olim aeque ac modo dicta feuda burgensia ad bona principum cameralia pertinuisse valde probabile est, conf. privil. Caroli IV. *de anno* 1356. Weingart. *p.* 2. *fol.* 271. Sed aeque ac haec alienata et in feudum perpetuum concessa sunt, ut adeo hodie inter nostrorum ducatuum feuda recenseantur, et quidem illa, quae supra majora et nobilia diximus.

Inde jus tale feudum acquirendi nulli competit, nisi qui privilegium comparandi feuda nobilia sibi redemit, vel jam alia bona possidet, *Er muss in den Fürstenthümern würchlick belehnet seyn.* Ipsi etiam reditus, *Geschösser*, quamvis praestentur a pagis, qui a civitatibus possidentur; quale exemplum occurrit *in den Gesshossern zu Waitzenrodaw* (qui pagus in patrimonio civitatis schwidnicensis est) neutiquam tamen vassallo tali cum magistratu civitatensi res est, sed a supremo horum ducatuum praefecto tantum dependet et investitur. Collectae etiam, quae secundum indictionem his feudis impositam praestandae sunt, non in aerarium civitatis, *in der Stadt Rendt Amt*, sed in aerarium provinciae, *in die Landes Cassa*, solvuntur.

§. 12. Id plane singulare est, quod in his ducatibus quaedam reperiantur feuda, cujusmodi alias a dd. *feuda extra curtem* appellantur. Scilicet *Teichenau, Taubnitz und Diesdorff*; quae a jurisdictione regum Bohemiae exempta alium extra Silesiam dominum directum agnoscunt: et primum quidem *Teichenau* ab electore Saxoniae dependet, et hactenus ad generosos dominos de Luche pertinuit; reliqua vero *Dies dorff und Taubnitz* ab illustri Bibersteiniorum gente in feudum conferuntur, quae in Marchia brandenburgica fixam sedem habet, olimque in Lusatia nec non in Silesia amplissimas terras tenuit, quibus alios investire solita fuit; quod de dynastia soraviensi, quae in Lusatia inferiori sita est; hodieque ab illustrissimis comitibus de Promnitz possidetur, testatur Lucae *in Schless. Denchwürd. p.* 3. *c.* 7. *p.* 803. Qua ratione autem, et quando feuda haec exempta fuerint, non aeque constat, ac de feudo *Grosburg*, quod in ducatu vratislaviensi situm est, olimque episcopatus lebusiensis partem constituit, quem cum augustissimus Borussorum rex jam teneat, de eo quoque investituram confert. conf. Schifordegh. *tr. de jurisd. quae olim fuit in Silesia q.* 5. et dn. de Buchisch. *observ. hist. polit. in instrum. pac. o. et m. ad art.* 5. *in mant. p.* 500. *seqq.* De nostris silent annales silesiaci, neque in archivis patriae ulla monumenta prostant, unde notitia hujus rei hauriri possit. conf. Lichtensterns *Schlesische Fürsten-Krone pag.* 364. Nason. *phoenix redivivus ducat. schwidn. et jauroo. pag.* 64. *seqq.*

CAPUT II.

De personis feuda acquirentibus.

SUMMARIA

Olim tantum nobiles feudorum capaces erant. §. 1.
Quod docetur. §. 2.
De clericis. §. 3.
De usu hodierno. §. 4.
De civibus. §. 5.
An etiam foeminae? §. 6.
Hodie tantum attenditur, an quis jus possidendi feuda habeat. §. 7.
Quomodo hoc probetur? §. 8.
Certis personis ipso jure competit. §. 9.
De investitura. §. 10.

§. 1. Quod jure saxonico communi *Lehn-R. c.* 2. statutum: *alle die nicht von Ritters-Art sind, die sollen Lehnrecht darben*, non tantum in nostris, sed plerisque reliquis Silesiae ducatibus olim stricte observabatur, ita ut jus possidendi feuda ad nobiles tantum per ineret. conf. *die confirmation der Willkühr Glogauischer Ritterschafft de anno* 1513. apud Weingart. *p.* 2. *fol.* 98. (intelligimus hoc loco autem feuda majora; nam de his in praesentiarum potissimum solliciti sumus) « testatur illud Schultzius Jctus Wit-« tebergensis, patria vero Silesius in sua *synopsi ju-« ris feudalis c.* 3. *n.* 86. In Silesia, inquit, maxi-« me in ducatibus schwidnicensi et jauraviensi regu-« lariter non conceditur, ut plebejus feudum nobile, « *Adeliches oder Ritter Lehn*, sibi comparet, nisi « aliter longaeva consuetudine cujusdam loci receptum, « aut a regia majestate cuidam concessum ». Quae sententia privilegiis antiquis, equestri ordini concessis, admodum consona est. Divus Vladislaus quippe rex Bohemiae in confirmatione privilegiorum, ab Augusta Anna, Caroli IV. imperatoris conjuge ducatibus bis concessorum *de anno* 1497. expresse sanciebat: *Förder auch keinem Geistlichen Erblehn zu thun, es sey dann zu Wiederhauff, desgleichen Erblehn einem Bürger*, nisi specialiter hoc jus impetrasset; quibus in fine adjicitur clausula poenalis: *Welchem aber darüber Erblehn geschehe, darumb soll solch Gutt, dem die Belehnung geschicht, an unser Königliche Person und Cammer gefallen.* Idem speciali mandato *de anno* 1493. laudatus rex jam antea injunxerat Casimiro duci teschinensi, tunc temporis supremo Silesiae praefecto: *Dass du nun fürbass beyde geistlichen und weltlichen gemeinen Bürgern kein Lehn thun noch verstatten wollest.* His igitur ordinibus exclusis, soli nobiles restabant, qui feuda possidere capaces erant; quod etiam in reliqua Germania ita esse habebat. Illustr. dn. Hert. *diss. de feudo nobili s.* 3. § 4. De rusticis per se res clara est, cum infima eorum conditio moribus Germaniae in Silesia hactenus receptis ad feudorum nobilium possessionem eos non admiserit. conf. excell. dn. Thomasii *dissert. de hominibus propriis* §. 99. quos etiam allegatus textus juris saxonici *Lehn-Recht c.* 2. expresse excludit; quamvis hodie contraria consuetudo in multis locis obtineat. Carpzov. *p.* 3. *c.* 28. *d.* 5.

§. 2. Et quidem vassallos illos primis temporibus tantum nobiles fuisse, ex inspectione antiquissimorum patriae diplomatum luculenter apparet, ubi sub diversa veniunt appellatione: modo enim *Mann* dicuntur; modo *Mann, Ritter und Knecht*; modo *Ritterschafft und Mannschafft. Mann* regulariter significat vassallum; dn. Stryh. *exam. jur. feud. c.* 6. *qu.* 2. etiam apud nos; inde quoties in germanico idiomate legitur: *Dabey sind gewesen unsere getreuen Manne*; latine ita se habent verba: *praesentibus his militibus*: miles autem synonymum vassalli est. vid. Franciscus Hotomannus *in lexico feudali, hac voce*. In specie vocem *Mann* denotasse vassallum nobilem apud

Germanos, ostendit Besold. *thes. pract. voce adel*; quod etiam apud nos ita se habuisse apparet ex promiscua acceptione vocum *Ritterschafft und Mannschafft*, quod indicio est certissimo, inter vassallum et nobilem nullam olim fuisse differentiam; siquidem haec vox complectitur universitatem nobilium, Besoldo *voce Ritterschafft, Mannschafft*. Quorum dignitatem equestrem etiam indigitant nomina diplomatibus apposita. Quippe vassalli antiquis temporibus in principum Silesiae aulis negotiis expediendis tamquam pares curiae et consiliarii semper intererant, neque ullum extat diploma, quod est alicujus momenti, in cujus subscriptione praesentium non sit facta mentio, ad elidendam nempe sub et obreptionis suspicionem; quae consuetudo in Silesia per plures annos in cancellariis obtinuit, praesertim in nostris; hodie vero parium curiae praesentia non amplius adhibetur, neque in literis investiturarum, similibusque diplomatibus eorum fit mentio. *Ritter und Knechte* erant nobiles sed diversae inter se conditionis. Illi quidem bellicis factis insignes equestri ornati erant honore; hi vero ministeriales et scutiferi ad ministeria varia in aulis vel bellis praestanda obligati. conf. dn. Hert. *disp. de hominibus propriis. sect. 4. et de feudo nobili s. 3. §. 5.* Illustr. dn. Cocceji *jurispr. publ. cap. 15. §. 3. 30. et c. 31. §. 14. 15. 16.* dn. Schilter. *comment. ad jus feud. alem. p. 37. seqq.* Hodie mutato rerum statu appellationes hae quoque in usu esse desierunt, et quamvis nobiles adhuc se *Ritter* appellent, titulus tamen hic pristinam significationem non amplius sustinet, nisi quod assessores judicii regii Seviralis *des Koniglichen Mann-Gerichts* hodienum vocentur in specie *Konigl. Manne*; forte ideo, quod officium hoc regulariter nobilibus conferatur, qui de bonis quibusdam investiti inter vassallos horum ducatuum referuntur: quam qualitatem etiam a reliquis duobus assessoribus, ex numero civium schwidnicensium constituendis, olim exactam fuisse docet dn. Carisius *in disp. de jure civ. Schwidn. em. feuda nob. s 2. §. 6.* conf. Nason. *phoen. redivivum ducat. schwidn. et jaurov. p. 53.*

§. 3. Quod autem laudatus rex Vladislaus allegatis locis praecepit; *keinem Geistlichen kein Erb-Lehn zu thun, es sey denn zu Wiederkauff;* id ita intelligendum, quod quidem clerici non simpliciter arceantur ab acquisitione feudorum (quorum non plane sunt incapaces, cum per substitutum domino servire possint. dn. Stryk. *exam. jur. feud. cap. 6. q. 18.* neque juris saxonici sententia tam generalis est, ut domini directi dispensationem vel arbitrium excludat. conf. *Lehn Recht c. 2.* ubi: *Welcher Herr doch dieser einen ein Gutt leyhet, von dem haben sie wohl Lehn-Recht an dem Gutt.* Carpz. *p. 3. c. 28. d. 1. n. 13.* moribusque contrarium invaluisse testatur Auton. *jur. feud. disp. 2. th. 6. lit. d.*) sed quod de nostris feudis non ita sint investiendi, ut perpetuo jure illa retinere possint. Eo enim sensu hoc loco vox *Erb-Lehn* sumitur, ut significet feudum perpetuum, ad successores transitorium, cujus etiam in jure feudali tum saxonico *Lehn-Recht c. 37. in glossa* tum alemannico. *jus alem. feud. cap. 43.* mentio fit; cui opponitur feudum personale vel ad tempus saltem constitutum. Schilter. *comm. ad jus feud. alem. p. 379.* Cautum ergo hic, ne feudum clericis concessum ad monasterium transeat, et in praejudicium domini directi et convassallorum in manus mortuas veniat; indeque divus Vladislaus quoad clericos jus acquirendi feuda restrinxit, et nonnisi sub pacto de retrovendendo admisit, ut sibi de novo feuda comparare possent. Ita enim jus reluendi seu retrovendendi venditori semper salvum est, et quamvis emptor dominium sibi hic acquirat, hoc tamen est revocabile, et oblato pretio res iterum restituenda, quae jam in pristinum statum redit. Lauterb. *ad ff. p. 313. seq.* ibique dn. Stryk. *in notis.* De exacta tamen hujus privilegii observantia non immerito dubitare posses ob insignem illum piarum causarum et clericorum favorem, quem in Silesia et in specie in ducatibus nostris obtinuisse, docent tot amplae ecclesiarum fundationes et dotationes, in quibus majorum nostrorum pietas et liberalitas valde conspicua est; ut adeo mihi persuadeam, saepius exceptionem ab hac regula factam fuisse.

§. 4. Non tamen omnem usum amisisse hoc privilegium dici potest, cum adhuc hodie non omnino libera sit clericis feudorum acquisitio, sed requiratur ante omnia regis Bohemiae tamquam domini directi consensus a venditore expetendus, quemadmodum hoc videre est ex sanctione illa pragmatica, *anno 1669. die 8. oct.* edita, ubi in specie agitur, quatenus clericis bonorum feudalium emptio permittenda sit; cujus declarationem idem augustissimus legislator postea dedit *Ebersdoff den 26. septembr. anno 1692. Dass so offt ein oder ander geistlicher Stand einen liegenden Grund, es sey ein Gutt, Staedtel, Dorff, oder Hauss in einer Stadt für sich, oder das Convent, Orden oder Kloster zu erkauffen vorhabens, und sich deswegen mit einen weltlichen Possessore solches Grundes in einen Kauff einlassen will, solches künfftighin bey Ihro Kayserl. und Königl. Majestaet zu handen Dero Boheimbischen Hoff-Cantzelley nicht wie bisshero geschehen von dem Kaeuffer, sondern Verkaeuffer allerunterthaenigst angebracht, und dero hierzu absonderlich und* essentialiter *benothigter* consens *allergehorsamst ausgewurcket werden solle.* Quem consensum regium etiam expetitum fuisse constat, cum ante biennium reverendissimus abbas grissoviensis a per illustribus et generosissimis L. B. de Zedlitz bona quaedam feudalia ad Bolconis fanum sita (*die Burg-Polckenhaeinische Gütter*) emeret, in quem contractum augustissimus pater patriae consensit sub hac conditione, ut laudatis dn. venditoribus, eorumque descendentibus jus reluitionis reservaretur; quod non leve indicium est observantiae privilegii illius divi Vladislai hactenus adducti. Caeterum quae in his terris hodienum possident bona clerici, recognoscunt a rege Bohemiae in feudum, quo respectu etiam tamquam vassalli *als Kayserl. und Königl. vassallen oder Lehns-Leute* considerantur, et non minus atque seculares ad praestandum homagium (*Huldigung Eyd.*) obligantur.

§. 5. Cives quod attinet, hactenus etiam excludebantur a jure possidendi feuda, scilicet majora: illa enim in privilegio Vladislai subintelligi, nullum est dubium, cum in ordinis equestris favorem ita fuerit dispositum. conf. dn. Stryk. *not. ad laut. p. 109.* voce: *cui promittuntur.* Ad feuda enim inferiora seu plebeja omnino admittebantur; in qua re de patria mea certissima possum adferre testimonia. Ipsam ci-

vitatem schwidnicensem investivit Bolco II. dux *anno* 1351. *in die s. Johannis Baptistae* mit *dem goldnen Walde*, ubi inter alia in literis investiturae haec expressa leguntur: *contulimus libere cum omni jure et dominio haereditario omnibus temporibus possidendam; ipsi vero consules praedicti et eorum successores nobis et nostris successoribus pro nostra coquin. in signum feudi perpetuis temporibus tria talenta piperis super Festo Beati Michaelis dare annis singulis tenebuntur.* Quo ipso feudum censuale constitutum fuisse videtur, de quo conf. Jn. Stryh. *exam. jur. feud. c. 4. q. 35.* dn. Schilter. *comm. ad jus feud. alem. p. 389. seqq.* Cives vero laudatae civitatis certa possedisse bona, de quibus ipsis a magistratu civitatensi investitura collata fuit, constat ex privilegio Matthiae regis *de anno* 1475. ubi: *sollen sie fürbass mehr, so sie ein Bürger zu der Schweidnitz dem andern verkaufft, verwechselt oder nach seinem Tode erbet, auff seine Erben stammet und bringet, gewandelt und auffgerichtet werden vor Richter und Schöppen und gehegten Dinge der genandten unser Stadt Schweidnitz.* Nihilominus cives nostri jus emendi feuda nobilia semper ambierunt. Eorum enim pristinis temporibus magna erat dignitas. conf. Nasonius *phoenic. redivio. ducat. schwidn. et jaurov. p. 101. seq.* et prae aliarum civitatum in his ducatibus incolis semper praerogativa quadam gaudebant. Creabantur ex eorum numero duo assessores judicii regii seviralis a Georgio Podiebradio rege Bohemiae instituti. Weingart. *p. 2. fol.* 289. et si fides habenda est msto Danielis a Czepco *kurtzer Begriff der beyden Fürstenthümer Schweidnitz und jauer*, statutum, quod in archivis patriae adhuc extare debet, olim obtinuit: *Dass niemand zum Bürgerecht solle gelassen werden, er sey denn gelehrt.* Ex quibus et pluribus aliis rationibus commotus idem divus Vladislaus civibus speciali privilegio *de anno* 1504. id jus clementissime concessit et sancivit: *Dass der Stadt Schweidnitz und ihren Bürgern Land-Gütter gelehnt werden sollen gleich der Mannschafft;* cujus privilegii explicationem uberiorem *duabus dissertationibus* satis docte dedit conterraneus noster honoratissimus *dn. Joh. Georg. Carisius*, ad quas nos in praesentiarum remittimus.

§. 6. Caeterum non tantum masculi sed etiam foeminae in his ducatibus constituunt subjectum habile, in quas feudum vel de novo vel per successionem transferri potest; jus enim saxonicum hactenus apud nos quoad illam decisionem non observatur, quippe quod in saepius allegato *Lehn Recht c.* 2. tantum de feudis rectis et propriis loquitur; nostrorum ducatuum feuda autem supra *s. 2. c. 1. §. 2. 3.* determinavimus impropria et mere haereditaria; siquidem foeminae etiam in nostris feudis succedere possunt, quod infra *c. 4.* latius exponemus. Ipsa quoque ratio primaria, quae alias foeminas a feudorum acquisitione repellit, apud nos cessat; scilicet quod servitia in persona praestare nequeant, cum in his ducatibus per substitutum etiam servire liceat; ex quo neque juris saxonici dispositionem, quae *Land-Recht lib. 1. art. 4.* hermaphroditos, nanos, pumiliones et similes excludit, apud nos locum habere posse puto. conf. *Zobel. diff. jur. sax. et civ. p. 3. diff.* 24. Schultz. *synops. jur. feud. cap. 8. n. 4.*

§. 7. Expositis ita personis, quae per privilegia et mores nostrorum ducatuum feudorum capaces esse poterant, jam quomodo hodie res se habeat videamus. Ubi quidem statum rerum quoad personas seculares valde immutatum deprehendimus. Non enim amplius ad dignitatem equestrem, neque ad privilegium illud Vladislai civibus schwidnicensibus concessum respicitur, sed quilibet docere ante omnia debet, se jure possidendi feuda in his ducatibus gaudere, *dass er in diesen Fürstenthümern belehnet sey*, sive de novo feudum acquirere, sive in delatum succedere velit. Idque est statutum, cujus confirmationem clementissime dedit Rudolphus II. imperator gloriosissimae memoriae *anno* 1600. §. 1. *Dass niemand von Manns Personen, welche in Fürstenthumern auff liegende Grunde, oder was fur liegende Gründe zu halten, nicht belehnet ist, zur Erbschafft liegendes Grundes und was darzu gehöret, nicht solle zugelassen werden.* Et licet ibi tantum de successione sermo sit, mores tamen apud nos hactenus recepti idem in specie etiam requirunt, si quis de novo sibi comparare velit feudum. Solet tamen hoc jus redimi ab illustrissimo horum ducatuum capitaneo centum ungaricorum florenorum pretio; eaque pecunia ab omni inter vassallos nostros receptionem ambiente praestanda est, sive sit civis sive etiam nobilis; extraneus scilicet, qui hactenus membrum ordinis equestris apud nos non fuit; alias enim libere feuda absque hujus oneris praestatione sibi comparare posset, si jam antea bona haberet, *wann er schon vorhero auff liegende Gründe und was darzu gehöret, belehnet waere*

§. 8. Ante omnia igitur quilibet feuda in his terris acquisiturus probare debet, *dass er Lehens faehig oder belehnet sey.* Modum vero probandi verba allegati privilegii indigitant, quae sic se habent: *Es soll ein jedweder anff den Fall seine Belehnung durch Königliche Lehn, brüderliche oder andere Erbtheilung oder Kauffbriefe, darinnen die Belehnung erlanget oder vorbehalten, zu erweisen schuldig seyn.* Ex quo constat, quod literae investiturarum *Königliche Lehn Briefe* sufficiant, nec requiratur parium curiae testimonium, uti alias de jure communi. conf. dn. Stryh. *exam. jur. feud. c. 12. q. 4.* quos quidem tanquam sacramentales olim in Silesia etiam adhibitos fuisse perditis instrumentis, testatur Schifordegh. *in tr. de jurisd. quae olim fuit in Silesia q. 4.* ubi exemplum adducit. Reliqua vero instrumenta eamdem vim probandi habent, cum ex iis colligi possit, vel ipsorum parentes jam feuda possedisse in his ducatibus, adeoque filiis ipso jure privilegium illud competere, vel alterum titulo empti sibi bona illa comparare non potuisse, nisi jus emendi feuda nobilia jam hab isset. Priusquam enim sibi habilitatem illam possidendi feuda apud nos redemit. Illustrissimus capitaneus contractum non confirmabit. Quod vero de reservatione hujus juris *vom Vorbehalten* dicitur, id contingit, quando vel in divisione bonorum paternorum alter fratrum in alterius fratris bonis, quae ad ipsum ex haereditate paterna pervenerunt, vel venditor in fundo vendito sibi jus aliquod e. g. censum annuum ex quodam feudi praedio reservat, de quo ipsi investitura fieri potest, quo sibi suisque haeredibus privilegium comparandi feuda in his ducatibus salvum maneat. Antequam ergo hoc doceatur,

investituram de feudo aliquo non impetrabit et consequenter nec jus possidendi, cum illa praecedente demum jus feudi transferatur in vassallum. Ludwel. *synops. jur. feud. p. m.* 202.

§. 9. Sunt tamen certae personae, quibus vi hujus privilegii Rudolphini ipso jure tribuitur haec qualitas, *Die vor belehnet gehalten werden.* Et tales sunt (1) foeminae, quarum parentes in his ducatibus feuda possederunt et quae solum natale ibidem habent. *Frauen aber und jung fruuen sollen für belehnet gehalten werden, wenn sie darthun und erweisen können, dass ihre Eltern in den Fürstenthümern begüttert gewesen, und sie darinnen geboren.* Restringitur tamen ad earum personas, ita ut haec qualitas ad liberos ex ipsis natos non transeat; *Jedoch dass ihre Belehnung weiter nicht, denn auff ihre Personen bey ihrem Leben, nicht aber auff ihre Kinder nach derselben Tode soll gedeutet, gezogen und verstanden werden.* Privilegium enim hoc concessum est familiae, quam cum nubendo amittat foemina et in aliam transeat, hujus juris quoque jacturam patitur. (2) In linea descendente liberis hoc privilegium indistincte adscribitur, sive primi sive ulterioris sint gradus, *Kinder aber des ersten, andern auch weitern Grades sollen allemal bey Verfaellung ihrer Gross-Eltern Gütter in infinitum in absteigender Linien für belehnet gehalten, und zur Erbschafft ihrer habenden Praerogativen und Rechten nach zugelassen werden.* Quippe qui tamquam membra familiae in omnia parentum jura succedunt, eorumque personam repraesentantes simul quoque horum privilegiorum participes fiunt.

§. 10. Quoad investituras apud nos nihil singulare occurrit. Confert illam illustrissimus horum ducatuum capitaneus nomine regis Bohemiae, apud quem etiam mortuo vassallo a successore petenda est ejus renovatio, et quidem intra annum et diem, *binnen Jahr und Tag*, secundum *Saechsisch Lehn-Recht cap.* 22. qui dies apud nos etiam denotat terminum saxonicum i. e. sex septimanas cum tribus diebus. Vide *des Romischen Koniges Sigismundi Begnadigung der geistlichen und weltlichen Gerichte halber, wie sich derselben Brief und Insiegel verhalten de anno* 1425. Weingart. *part.* 2. *fol.* 272. ubi: *Jahr und Tag, das ist, ein gantz Jahr sechs Wochen und drey Tage.* Conf. *Lehn-Recht. c.* 25. Idque negotium nostris moribus per procuratorem etiam expediri potest. Quod si vassallus in infantia vel minorennitate adhuc sit constitutus, tutores interea petunt ejus nomine renovationem investiturae, *sie mutthen das Lehn;* in cujus petitionis testimonium breve aliquod testatum, *ein Muthzettel, Recognitions Schein*, ex cancellaria concedi solet, in quo vassallo injungitur, ut adimpleta majorennitate homagium praestet, *dass er die gewohnliche Lehns-Pflicht und Homagium bey hiesigem Koniglichen Ampte praestire und sich durch diese recognition gebührend legitimire.* Terminus majorennitatis autem restringitur ad annum aetatis XXI. in quo iterum mores nostri amice cum jure feudali saxonico communi conspirant. *Lehn-Recht cap.* 26. *in pr.* Ob non petitam tamen renovationem investiturae intra definitum fatale non statim ad privationem feudi apud nos agitur, sed ad certam poenam pecuniariam, qua privilegium illud emendi feuda nobilia quasi de novo redimitur; quae summa, uti a viris fide dignis et rerum patriarum peritis mihi relatum est, communiter ad centum florenos ungaricos se extendit, quibus exsolutis investitura de novo conceditur.

CAPUT III.

De jure, quod vassallis circa feuda competit.

SUMMARIA

Pleno jure feuda possident. §. 1.
Possunt feuda alienare. §. 2.
Oppignorare. §. 3.
Et quocumque modo de iis libere disponere. §. 4.
De facultate testandi. §. 5.
An etiam feudis abuti possint? §. 6.
An etiam disponere possint, liberis vel agnatis aut cognatis non existentibus? §. 7.
De juribus et regalibus feudorum nostrorum. §. 8.

§. 1. Ex quo supra *s.* 1. *c.* 1. §. 2. 3. assertum fuit, feuda nostrorum ducatuum esse mere haereditaria, eo ipso tacite jam indicavimus, quid vassallis circa ea juris sit concedendum; nimirum libera dispositio tam in actibus inter vivos, quam mortis causa, et quae plura alia jura allodialia seu haereditaria inde proveniunt, de quibus conf. illustr. dn. Cocceji *hypomn. jur. feud. tr.* 2. *n.* 27. *p.* 34. potissimae hae qualitates, quae regulariter aliis inesse solent feudis haereditariis Struv. *synt. juris feud. c.* 4. §. 13. in privilegiis et constitutionibus nostris expresse confirmantur et conceduntur. Ita in divi Vladislai *Bestaettigung und Erneuerung der Römischen Königin Annae, de anno* 1497. statutum; *dass ein jeglicher, dieweil er lebet, mit dem Sein zu thun Macht haben solle nach seinem freyen Willen*; et clarius adhuc in ejusdem Vladislai privilegio *und Begnadigung der Erbschafft und Faelle halben de anno* 1511. ubi: *Jedoch soll ein jeder bey seinem Leben mit seinen Güttern frey zu thun und zu lassen, dieselben zu verwechseln, zu verpfaenden, zu vergeben und anzuwenden nun und zu ewigen Zeiten vollkommene Macht und Gewalt haben;* quod etiam confirmat amplius divus Rudolphus II. *in der Kayserlichen confirmation der Vergleihung wegen der Belehnungen und Erbschaffts-Faellen de anno* 1600. Ubi illud: *maenniglichen Mannes und Weibes Personen ohne Unterscheid frey und bevorstehen, mit alle dem Seinigen vermoge der Privilegien seines Gefallens unverhindert zu gebahren, zu thun und zu lassen.*

§. 2. Constare jam poterit ex adductis de amplissima disponendi facultate quae vassallis nostris tribuitur; et ut primo videamus alienationem, cum hac voce omnis actus comprehendatur, per quem transfertur dominium *l.* 1. *c. de fundo dotali;* huc referri potest, quod in allegatis privilegiis dicitur *von verkauffen, verwechseln*. Reliqui aliemandi modi jam subintelliguntur vi clausulae annexae, quamvis non sint expres-

si. Eaque alienandi potestas eo liberior est, quod illam exercere queant vassalli sine adhibito domini directi et agnatorum consensu; hi enim non habent jus simultaneae investiturae apud nos, et consequenter alienationem prohibere aut feudum alienatum revocare nequeunt. conf. dn. Stryk. *exam. jur. feud. c.* 20. *q.* 11. nisi forte bona concernat majoratui obnoxia vel fideicommissa familiae, quae cum ex voluntate primi instituentis regulariter ad seniorem vel aliud membrum familiae pertinere debeant, eorum alienatio non subsistet. conf. dn. Stryk. *caut. testam. cap.* 21. *membr.* 2. §. 1. qualia bona quibusdam familiis illustribus destinata apud nos etiam occurrunt. Domini consensus in ipsis privilegiis satis exprimitur, ut non opus sit, illum demum specialiter expetere. Moribus tamen contractus feudi alienationem describens illustrissimo capitaneo est insinuandus; quae insinuatio regulariter fieri debet decendium ante judicialem resignationem et subsequentem traditionem, *vomit diese* (scil. *Kauff-Instrumenta* etc.) *zuvor mit gutem Bedacht durchgangen, und ob etwas Ihro Kayserl. und Konigl. Majestaet Regulien, Lehn und Diensten praejudicirliches darinnen enthalten, oder auch mehr Nutzbarkeiten oder Regalien als in denen alten Verzichts-Briefen zu finden, in die neuen Instrumenta mit eingeflicket sey, erwogen werden konne.* Videatur *die Advocaten-Ordnung der beyden Fürstenthümer Schweindnitz unde Jauer de anno* 1697. *art.* 15. Sed ita non tam consensus specialis, quam potius confirmatio impetratur, et ne praeter concessam disponendi libertatem vel contra primum investiturarum tenorem in praejudicium domini directi aliquid agant partes contrahentes, praecavetur. Caeterum necessitas resignationis judicialis ex parte venditoris et investiturae ex parte emptoris quoad feuda nihil singulare operatur, cum ea etiam in alienatione allodiorum requiratur et jure saxonico communi hoc ita receptum sit. conf. *Weichbild art.* 20.

§. 3. Ex concessa potestate alienandi sequitur etiam facultas oppignorandi *zu verpfuenden.* Sub alienationis enim nomine continetur etiam oppignoratio. Hofmann. *in comment. ad* 1. *f.* 21. §. 2. et haec est via per quam ad illam itur: ergo quod licitum est in termino, licitum etiam est in via; et qui potest majus, potest etiam minus. conf. dn. Stryk. *not. ad Lauterb. p.* 623. voce: *alienari possunt.* Neque consensu domini vel agnatorum hic opus erit, qui alias jure saxonico communi *Lehnrecht c.* 69. Schulz. *syn. jur. feud. c.* 18. *num.* 87. requirebatur, nisi quis in majorem debiti sui securitatem judicialem hypothecae confirmationem ab illustrissimo horum ducatuum capitaneo expetere vellet, quo jure praelationis in concursu creditorum aliquando gauderet prae hypotheca conventionali. (Sunt enim bona nostra feudalia, uti omnia alia feuda mere haereditaria, aeri alieno obnoxia, ita ut eorum possessores ad quaevis debita, sive sint feudalia, sive non, solvenda obligentur. Struv. *synt. jur. feud. c.* 14. §. 2.) quae tamen confirmatio nullum consensum feudalem inducit, quia dominus, vel qui ejus locum tenet, contractum hoc casu magis ut judex quam ut dominus directus confirmat. dn. Stryk. *exam. jur. feud. cap.* 19. *q.* 10.

§. 4. Idem dicendum erit de omnibus aliis actibus vasallo alias circa feudum denegatis e. g. compensatione, donatione, datione in dotem, in solutum, usufructum, emphyteusin etc. In genere quicquid juris possessoribus bonorum haereditariorum quoad liberam dispositionem competit, idem vassallis nostrarum terrarum respectu feudorum suorum tribui potest. Nec restringitur haec facultas clausula illa, quae in allegato privilegio divi Vladislai habetur; *Doch den vorigen gesammleten Lehn und Auffgaben der Ritterschafft allezeit ohne Schaden*; haec enim respicit actus, privilegium hoc antecedentes, qui ita neutiquam annullantur, ex natura legis, quae ad futuros actus se tantum regulariter extendit; quod etiam in confirmatione illa Rudolphi II. supra jam adducta exprimitur: *Und soll solche Vereinigung auff kunfftige Faelle verstanden, und den allbereit erledigten und streitigen schwebenden Faellen zu keinem Nachtheil gedeutet werden.* De reliquis juribus, quae alias vassallis circa feuda propria etiam adscribi solent, de quibus videatur dn. Stryk. *exam. jur. feud. cap.* 19. dicere non attinet, cum nullum sit dubium, quin nostris etiam competant.

§. 5. Facultatem mortis causa disponendi et testandi expresse quidem vassallis non indulgent privilegia; ex generali tamen illa disponendi licentia: *mit alle dem Seinigen seines Gefallens unverhindert zu gebuhren, zu thun und zu lassen*, in specie ad competentem testamenti factionem secure argumentari licet. Concessa enim facultate alienandi, concessa simul intelligitur facultas testandi. *l.* 8. *c. de secundis nuptiis.* ibique *Brunnem.* Dn. Stryk. *in caut. testam. c.* 6. *m.* 2. §. 21. *seqq.* quod etiam confirmat quotidiana praxis in nostris ducatibus, et de validitate testamentorum ad acta depositorum apud nos inprimis constat ex attestato illo, quod ad petitionem per illustri dn. Wilhelmi l. b. de Maltzan suppeditavit illustrissimus capitaneus *anno* 1682. cujus tenorem inseruit Weingarten *fasc. div. jur. p.* 1. *l.* 2. *p.* 8. ratio iterum non alia est, quam quia feuda nostra sunt mere haereditaria, quae cum jure allodialium censeantur, vassalli libere de iis etiam mortis causa disponere possunt. dn. Stryk. *exam. jur. feud. cap.* 14. *q.* 4. item in *caut. testam. c.* 6. *m.* 2. §. 8. Eaque libertas apud nos eo minus restricta est, ex quo in ducatu schwidnicensi et jauroviensi teste Schichfusio *chron. siles. l.* 3. *c.* 26. *pr.* consuetudo quaedam patri permittit, ut liberis pro lubitu et sine causa legitimam auferre, eosque si alimenta excepevis, praeterire possit; quod statutum haud irrationabile est, quamvis a jure civili recedat: legitima enim non est juris naturae sed per leges civiles introducta, quibus contraria observantia derogari potest, et pater liberis tantum ad alimenta obligatur. conf. dn. Stryk. *not. ad Lauterb. p.* 205. voce: *statuto*. Per illustr. L. B. de Puffendorff. *tr. de j. n. et g. l.* 4. *cap.* 11. §. 4. Reliquos modos mortis causa disponendi minus solemnes, puta per codicillos, fideicommissa, legata, donationes mortis causa etc. quoad feuda nostra etiam procedere ex concessa testamenti factione per se liquet.

§. 6. Quam tamen hactenus adstruximus liberam utendi facultatem, eousque non extendendam esse puto, ut vassalli bonis suis abuti, aut ea dolo vel culpa impune deteriora reddere possint. Neque enim in rebus allodialibus, quae tamen pleno jure possidentur,

id licitum est, sed interesse reipublicae illorum usum certis circumscribit terminis, secundum prudentissimum imperatoris Justiniani effatum: expedit reipublicae, ne quis re sua male utatur, vide §. *f. j. de his qui sui vel alieni jur.* multo magis in feudis etiam haereditariis vassallum se gerere decet instar boni patrisfamilias, cum etiam in his dominus jus suum directum salvum retineat, etiamsi vassallis liberior disponendi facultas competat. Carpz. *p.* 3. *c.* 31. *d.* 8. Vassallus igitur nimiam saevitiam in subditos suos exercens de hoc omnino domino respondebit. Sic etiam in jure boscandi seu lignandi vassalli nostri infinitam licentiam non habent; puta si sylvas devastare vellent etc. sed saepius, quod et in Silesia contingit, hoc casu mandata inhibitorialia decernuntur. Verendum enim est, ne quod communis ille Germaniae praeceptor Philippus Melanchthon, non quidem spiritu prophetico sed ex principiis politicis praedixerat, Germaniam aliquando inopia ligni laboraturam esse, in nostra Silesia etiam eveniat. Promisit jam suo tempore Carolus IV. imperator in privilegio *de anno 1356. Die Förste und Waelder dieser Fürstenthümer nicht auszurotten.* Haec cautio hodie multo magis observanda, ubi auctis incolis et pagis pretium ligni multum excrevit. conf. Schifordegh. *de jurisd. quae olim fuit in Silesia q.* 6. Schultz. *synops. jur. feud. c.* 11. *n.* 17. B. Fritsch. *tr. de jure boscandi membr.* 6.

§. 7. Sed gravis jam occurrit quaestio, an vassallis nostris jus illud libere disponendi etiam adhuc integrum sit, si feudum caducitati sit proximum, et morte vassalli ad dominum reversurum, *wenn das Lehn auff dem Falle stehet*, puta, si vassallo nulla soboles vel agnatus aut cognatus supersit, an inquam eo casu feudum alienare, vel de eo adhuc testari possit? Quod si secundum rigorem juris feudalis, qui alias ad feuda mere haereditaria etiam sese extendit, haec quaestio decidenda esset, non diffitemur, decisionem negativam argumentis niti ponderosioribus ac quidem affirmativam; quam etiam in Silesia obtinere asserit Henelius magni nominis Jctus, rerumque patriarum peritissimus, tum *in Silesiographia p.* 78. tum *in tr. de dotalitio c.* 6. §. 6. ubi in notis *lit. d.* praejudicia quaedam adducit, sed quae respiciunt ducatum glogovienscm, in quarum terrarum privilegiis casus praesens de caducitate notanter est exceptus. conf. Weingart. *fasc. jur. div. p.* 2. *fol.* 395. *seqq.* In nostris ducatibus vero praxis contrarium docet, vassalloque quamvis improli et agnatos vel cognatos non habenti omnibus alienationum modis de feudo suo disponere permissum est. Et possemus praejudicia allegare, ubi nemine contradicente vassalli talibus casibus hoc jus exercuerunt, nisi brevitatis studium ad reliquorum deductionem nos avocaret. Unicum tamen adduxisse sufficiat, quod in recenti adhuc plerorumque erit memoria, cum nobilis de Bartsch, cui neque liberi neque aliae personae cognationis vinculo junctae supererant, illustrissimo comiti de Nostitz feudum suum *Mertzdorff* venderet, et in eum libere transferret.

§. 8. Hac occasione latus sese aperiret campus, de regalibus disserendi, quae communiter nostrorum ducatuum feudis adhaerent, et revera non exigui sunt momenti. Habent non pauci vassallorum in bonis suis jus patronatus, jurisdictionem altam et bassam, *die Ober- und Untergerichte*, jus venandi, *die Hobe und Nieder-Jagd*, jus braxandi, *die Bran Gerechtigkeit*, et alia jura similia. Non semel autem quaestionem vassallis quoad haec jura moverunt civitates; quippe quae ex privilegiis antiquis praetendunt, *dass binnen der Meile auff keinem Dorffe kein Kretscham noch Handwerck oder Marckt seyn soll*; quod alias jure saxonico *Land-Recht lib.* 3. *art.* 66. civitatibus in genere conceditur. Carpz. *p.* 2. *c.* 6. *d.* 4. *et* 8. quale privilegium in specie habet civitas schwidnicensis a Bolcone duce *de anno* 1347. et Jauraviensis ab eodem *de anno* 1349. conf. Weingarten *p.* 2. *fol.* 261. *seq.* Inprimis circa jurisdictionem lites exortae sunt frequentes, eaeque satis funestae, quae cum a principibus nostris vel regibus Bohemiae, penes quos olim omnis jurisdictio consistebat, oppignorata esset civitatibus. conf. Schifordegher. *tr. de jurisd. quae olim fuit in Silesia q.* 3. ejus exercitium in bonis feudalibus nobilium, reliquorumque vassallorum etiam praetendebant non sine magna horum contradictione. Controversiae hae ambigua fortuna diu ventilabantur, earumque decisionem tentabat Vladislaus *in dem Bohaeimischen Spruche zwischen Land und Staedten der Fürstenthümer Schweidnitz und Jauer de anno* 1510. conf. Weingarten *p.* 2. *fol.* 263. *seqq.* non tamen omni ex parte litigandi materia tollebatur, etiamsi idem rex Vladislaus nobilibus privilegium quoddam *anno* 1515. adhuc concederet, ut possent a civitatibus jurisdictionem in bona sua reluere et sibi reservare. conf. Weingart. *p.* 2. *p.* 276. donec auspiciis Ferdinandi I. felicissimae memoriae amica transactione inter status horum ducatuum provinciales et civitates lites hae componerentur; de quo videatur *bestaettigter Vertrag zwischen Land und Staedten der Fürstenthümer Schweidnitz und Jauer de anno* 1546. apud Weingarten *p.* 2. *fol.* 299. *seqq.* in qua gloriosissimus ille princeps pro tempore adhuc rex Bohemiae sapientissime certos constituit commissarios, coram quibus omnes et singuli tam civitates quam vassalli statutis locis et terminis exponere debebant, quo jure regalia illa controversia sibi arrogarent. Commissio illa, saepius interrupta, post multorum annorum lapsum demum finem attigit, cum Divus Ferdinandus II. imperator sententiam definitivam tandem pronunciaret *anno* 1626. et quoad singula bona in specie determinaret jura possessoribus competentia. Inde vocantur *Urbarien-Urtheile*, et pro norma habentur in casibus talibus decidendis; ut videre est ex rescripto illo caesareo de dato. *Wien den* 9. *novembr.* 1678. *dass die End-Urbars Urtheile in Brau-Urbars Differentien die allgemeine Cynosur und Richtschnur seyn sollen.* Weingart. *p.* 2. *fol.* 445.

§. 9. Pleniorem hujus materiae explicationem dissuadet, quod hic sectamur, brevitatis studium, et memoria tam funestarum litium, quae saepius recruduerunt, et tantum non hodie adhuc nonnunquam recrudescunt. Peritiorum est tales controversias exacte dijudicare, quae conatus nostros juveniles excedunt. Illud omni contradictione caret, quamvis vassallis circa jus vendendi habendi cerevisiam (*dass sie es ausschencken mögen*) controversia sit mota, eo ipso tamen illos non prohiberi, pro usu domus et familiae suae cerevisiam coquere; hoc enim ab illo jure distinguendum esse optime monet Carpz. *p.* 2. *c.* 6. *d.* 7. qui in eam rem

adducit sententiam notabilem, quae habetur in jure saxonico *post. Weichbild rubr. Ob die Edelleute auff ihren Lehngüttern mögen Bier brauen und ausschencken lassen.* Quod etiam placuit Divo Ferdinando *in dem bestaettigten Vertrag.* Titulo: *Die Urbar betreffend*, ubi: *doch soll einem jeden von Adel unbenommen seyn, für sich und seines Hauses Unterhalt zu maeltzen und zu braeuen*; quemadmodum ibi etiam jus alendi certos opifices in pagis et villis concedit; puta *Leinweber, Grobschmiede und in Gebürg Güttern oder Heyden das Holtzwerck belangend, die ohne Beweiss auff dem Lande auch in der Meile, doch dass sie allda haeusslich besessen, zugelassen seyn sollen.* Weingart. *p.* 2. *fol.* 304. Caeterum de jure Gaeae *Aurecht* vi cujus dominus villae illum locum, qui in medio pagi a casis et horreis rusticorum separatus est et *Au* dicitur, sibi vindicat; vide Schiford. *alleg. tr. q.* 7. *seqq.* nec non Schickfus. *Chr. Siles. l.* 3. *p.* 570. et Schottelium *von unterschiedenen Rechten in Teutschland p.* 330. *seqq.* item Besoldum *in thes. pract. voce: Au-Recht.*

CAPUT IV.

De successione ab intestato.

SUMMARIA

De modo succedendi in genere. §. 1.
Simultanea investitura non requiritur. §. 2.
Statutum ipsum. §. 3.
Succedunt I. Descendentes masculi. §. 4.
De dote. §. 5.
II. Filiae. §. 6.
III. Fratres defuncti. §. 7.
IV. Fratrum filii. Hodie cum fratribus succedunt. §. 8.
V. Sororum filii. §. 9.
VI. Pater. §. 10.
VII. Collaterales proximi. §. 11.
De successione conjugum. §. 12.
De gerada. §. 13.
De heergewetta, morgengaba et dotalitio. §. 14.

§. 1. Circa successionem in feuda nostra, quae deficiente testamentaria ab intestato defertur, ante omnia notandum, ordinem successorium, prout apud nos sese habet, in plerisque quidem allodialem esse (ut scilicet non primi acquirentis, sed ultimi defuncti in succedendo habeatur ratio, quod feudis mere haereditariis proprium est. conf. Struv. *synt. jur. feud. c.* 4. §. 12. *n.* 1.) in nonnullis tamen vestigia quaedam successionis feudalis se adhuc exercere. Inde certis casibus potior agnatorum et praecipue masculorum est conditio, illique in successione praeferuntur, *welche von dem Vater und desselben Geblüte und Freundschafft die naechsten seyn.* Idque sine dubio propter favorem conservandarum familiarum ita dispositum, quibus regulariter feuda concedi solent, quae per masculos agnatos propagantur, non vero per foeminas, quae familias finiunt. Struv. *synt. jur. feud. c.* 9. *th.* 3. *n.* 6. Et quamvis inter personas succedentes apud nos etiam veniant foeminae, non tamen una vel simul cum ipsis masculis in aequali gradu constitutis semper admittuntur, sed his demum deficientibus, quemadmodum etiam in feudis foemineis ita succedunt. conf. dn. Stryk. *exam. jur. feud. cap.* 15. *q.* 5. *et* 6. Ex quo qualitas nostrorum feudorum mere haereditaria magis adhuc elucescit, quam supra iis asseruimus quippe in cujusmodi feudis foeminae regulariter succedunt. Dn. Stryk. *tr. de succ ab intest. diss.* 1. *c.* 3. §. 5. *seqq.* Illa vero sexus differentia apud nos non semper attenditur, sed tantum quoad filiam et collaterales proximiores, quibus una cum patre non extantibus, remotiores nulla amplius ejus habita ratione secundum gradus sui praerogativam succedunt. De quo plura in seqq.

§. 2. Deinde observandum etiam est, necessitatem simultaneae investiturae *der gesammten Hand* in his ducatibus legitimis successoribus plane remissam esse; id quod in saepius allegatis divorum principum Vladislai et Rudolphi II. privilegiis *de anno* 1511. *et* 1600. ita exprimitur: *Dass hinführo und zu ewigen Zeiten ohne alle Mittel und weitere Belehnung alle und jede Anfaelle ihrer Ritter und Lehn Gütter geschehen sollen.* In quo mores nostri maxime recedunt a jure saxonico feudali communi, *Lehn-Recht c.* 21. *et* 32. ubi ab agnatis successuris stricte requiritur simultanea investitura Zobel. *diss. jur. sax. et civ. p.* 3. *d.* 19. *n.* 4. *seqq.* etiamsi feudum fuerit haereditarium. Struv. *synt. jur. feud. c.* 9. §. 13. *n.* 2. Sed in plerisque Silesiae terris hoc negligitur, agnatisque vel aliis successoribus hoc jus tributum est vel speciali privilegio, uti in ducatu glogoviensi conf. Weingart. *p.* 2. *fol.* 89. item lignicensi, bregensi et wolaviensi. Idem *ibidem fol.* 63. *seqq.* vel etiam ex consuetudine pro talibus habentur, qui simultanee investiti sunt, suoque loco et ordine ad successionem admittuntur, quamvis expresse illud jus non impetraverint, vel quod alias jure saxonico necessarium est, omni casu illam investituram simultaneam renovaverint, nominaque eorum in literis investiturae non sint expressa; modo, uti supra *sect.* 1. *cap.* 2. §. 6. dictum, jus possidendi feuda apud nos acquisiverint.

§. 3. His ergo praemissis, jam ipsum successionis ordinem consideremus, quem quidem privilegium divi Vladislai ita delineat: *Dass hinführo und zu ewigen Zeiten ohne alle Mittel und weitere Belehnung alle und jede Anfaelle ihrer und ihrer Erben und Nachkommen, Ritter und Lehn Gütter, derer so nicht Leibes-Lehns-Erben haetten, an ihre Tochter gefallen, wo aber nich Tochter waeren, an ihre Brüder, wo dieselben auch nicht waeren, an ihrer Brüder Sohne, wo aber der keiner verhanden, an ihrer Schwester Sohne und fort allewege an die naechsten kommen und gefallen sollen*: cujus privilegii uberior explicatio ab ipsis horum ducatuum statibus facta fuit per novum statutum, quod divus Rudolphus II. imperator clementissime approbavit *in der Kayserlichen Confirmation der Vergleichung wegen der Belehnung und Erbschaffts Fuellen de anno* 1600. conf

Weingart. *p.* 2. *fol.* 279. *seqq.* quam in sequentibus semper conferemus.

§. 4. Succedunt igitur I. descendentes liberi, non tamen indistincte omnes simul, sed praecedunt masculi. *Erstlichen die Sohne*, videatur privilegium Rudolphi §. *das obenwehnte privilegium*. qui etiam in Vladislai diplomate vocantur *Leibes-Lehns Erben*, quia masculorum circa feuda semper potior est conditio, quippe qui ad servitia sunt habiles et ea propter in materia feudali nomine haeredum simpliciter posito denotantur. Struv. *synt. jur. feud. c.* 7. §. 9. *n.* 12. Carpzov. *p.* 2. *ca.* 45. *d.* 30. Et quidem regulariter omnes filii primi gradus aequali jure gaudent in successione, et in capita succedunt, cum feuda nostra sint dividua instar bonorum allodialium, nec senior quamdam praerogativam praetendere potest, nisi quod secundum *Land Recht lib.* 3. *art.* 29. dividat et junior eligat, Schults. *synops. jur. feud. c.* 8. §. 31. qui mores etiam apud nos obtinent. Saepius tamen hoc casu, si feudum non sit optimum et plures concurrant haeredes, uni, cui sors favet, feudum assignatur, qui postea reliquis pro portione haereditaria in pecunia satisfacit; id quod ex partium conventionibus dependet. Praelatio autem illa filiis prae filiabus competit in omnibus bonis feudalibus, sive illa provenerint a patre sive a matre: *es soll solch Privilegium nicht allein von den Güttern, so die Vaeter, sondern auch von denen so die Mütter verfallen, den Buchstaben nach verstanden werden, dass nemlich in der Mutter liegenden Gründe, wenn Sohne vorhanden, die Tochter ab intestato zur Erbschafft nicht zugelassen; sondern die Sohne denselben vorgezogen werden.* Quod etiam ita se habet in feudo foemineo, vel ubi ex pacto aut statuto foeminae admittuntur, ita ut neque in feudis a foemina primum acquisitis cum masculis in successione concurrant. conf. dn. Stryk. *exam. jur. feud. c.* 15. *q.* 6. Carpz. *p.* 3. *c.* 28. *d.* 13. et quamvis in allegatis locis privilegiorum de filiis tantum sermo sit, nullus tamen dubito, quin ad nepotes, reliquosque eorum posteros idem jus extendi tuto possit. Hartm. Pistor. *lib.* 2. *quaest.* 19. *n.* 94. (Vox enim *Sohn* hic latius capitur ac quidem jure saxonico *Lehn-Recht c.* 21. cui per contrariam observantiam hac in parte dudum est derogatum. conf. Zobel. *differ. jur. civ. et saxon. p.* 3. *d.* 19. Dn. Schilt *comment. ad jus feud. alem. p.* 266.) cum in feudalibus aeque ac allodialibus successionibus jus repraesentationis in linea recta obtineat. conf. dn; Stryk. *tr. de succ. ab intest. diss.* 1. *c.* 3. §. 22. it. Carpz. *p.* 3. *c.* 29. *d.* 15.

§. 5. Filiabus tamen ita exclusis mores nostri prospexerunt dote aliqua, a filiis constituenda; cujus quantitas non adeo certa est, nisi quod in familiis quibusdam illustrioribus ex providentia majorum sit determinata: plerumque in ipsis pactis dotalibus demum dos definiri solet, ratione habita paternorum bonorum dignitatisque dotantis vel mariti, et quae plura alia hic respicienda occurrunt, de quibus videatur Anton. *disp. feud.* 6. *th.* 10. *lit. c.* non tamen puto dotem illam legitimae necessario exaequandam esse, ne filii, per quos familia propagatur, nimio graventur onere, praesertim si earum plures dotandae adsint, quod consuetudinibus saxonicis etiam consentaneum esse testatur Hartm. Pistor. *lib.* 2. *q.* 37. *n.* 18. *seqq.* Idque tantum non indicant sequentia verba privilegii Rudolphini: *Die Tochter sollen sich in solchen Fall mit einer ehrlichen Austeuer, wie in vaeterlichen Güttern üblichen, begnügen lassen.* Quod eo magis procederet, si in testamento pater filiabus dotem constitueret, cum in no tris ducatibus per superius *s.* 2. *c.* 3. §. 8. dicta legitima liberis non necessario relinquenda sit; multo minus ergo tali casu conquerendi causam habebunt, vel legitimam aut ejus supplementum adhuc petere poterunt: quippe dos ejus locum subintrat. dn. Stryk. *exam. jur. feud. c.* 21. *q.* 26. Tota haec res regulariter ex arbitrio et moderatione domini directi dependet Struv. *synt. jur. feud. c.* 14. §. 17. *n.* 3. cujus determinationem in nostris terris tali casu etiam expeditam fuisse mihi relatum est; idque inprimis tunc obtinet, quando deficientibus bonis allodialibus ex feudo dotanda est filia. Quamvis enim feuda nostra per superius dicta ab allodiis non multum differant, ex iis tamen demum in subsidium dos debetur; quod consuetudinibus saxonicis etiam ita se habet. conf. Carpz. *p.* 2. *c.* 46. *d.* 16.

§. 6. Deficientibus filiis eorumque posteris (II) filiae ad successionem vocantur. *Derer so nicht Leibes-Lehns Erben haetten, an ihre Tochter gefallen*, vel uti in confirmatione Rudolphi: *nachmahlen, wenn die (Sohne) nicht vorhanden, an ihre Tochter*; quae proinde omnes reliquos agnatos et masculos excludunt, quemadmodum laudati regis Vladislai filius Ludovicus Hungariae et Bohemiae rex hoc statutum in favorem filiarum occasione casus alicujus controversi contra agnatos successionem praetendentes clementissime declaravit; de quo videatur *die Erklaerung des Privilegii Koniges Vladislai gegeben durch* Konig *Ludwigen. Ofen Mittwoch nach Dionysii anno* 1524. Feudum ergo ita ad ipsas delatum aeque transmittunt ad suos descendentes ac quidam filii. Ludwell. *tr. feud. de succ. cap.* 6. *num.* 2. *p. m.* 336. et aequalibus cum masculis privilegiis et juribus fruuntur, ita ut feudum acquisitum per successionem in dotem dare, alienare et quocumque alio modo de eo disponere possint. Nec obstat, quod in materia feudali communiter per filias non simul intelligantur descendentes ex filiabus, Rosenthal. *c.* 7. *concl.* 42. *n.* 4. *et seqq.* id enim in feudis, in quibus modus succedendi feudalis obtinet, quidem procedit: at in nostra, quae mere haereditaria sunt, succeditur tamquam in allodium, ubi quoad filiarum descendentes aeque juri repraesentationis locus est, ac quoad filios ipsos, eorumque prognatos, Struv. *synt. jur. feud. c.* 4. *th.* 12. quod praxis quotidiana apud nos amplius confirmat.

§. 7. Post filias et earum progenitos ordo tangit (III) fratres defuncti. *Wo aber nicht Tochter waeren, an ihre Brüder*, ubi valde singulare, quod in his docatibus secundum juris feudalis communis dispositionem, conf. Ludwell. *tr. feud. c.* 4. *p. m.* 261. *in seqq.* in concursu fratrum succedentium non duplicitatis vinculi sed sanguinis ratio habeatur, et cum fratre germano consanguineus admittatur. Ita enim Vladislai verba explicat Rudolphus *in cit. privil. So soll auch das Wort Brüder von vollbürtigen Brüdern und den halben Brüdern, so von einen Vater gebohren, zugleich verstanden werden, also dass solche halbe Brüder ungeacht dass die vollbürtigen eines Grades nachender zugleich zur brüderlichen Erbschafft liegender Gründe*

sollen zugelassen werden. In quo sane maxime respectus habetur familiae, quae per agnatos magis quam cognatos conservatur, adeoque illa regula juris saxonici, *die halbe Geburt tritt einen Grad weiter*, quae reperitur *Land-Recht lib.* 1. *art.* 30. *et l.* 2. *art.* 20. Schultz. *synops. jur. feud. c.* 8. *n.* 135. aliasque in successionibus allodialibus observatur, quoad fratres consanguineos in nostris feudis plane non attenditur. conf. Carpz. *p.* 3. *c.* 29. *d.* 4. Dn. Stryk. *tr. de succ. ab int. diss.* 3. *c.* 3. §. 6. Fratres ergo uterini, cum jure familiae non gaudeant, haud succedent; indeque nec cum fratrum germanorum vel consanguineorum liberis admitti poterunt. dn. Stryk. *tr. de succ. ab intest. diss.* 8. *c.* 2. §. 9.

§. 8. Ex mente divi Vladislai jam (IV.) ad successionem vocantur fratrum filii. *Wo dieselben (Brüder) auch nicht vorhanden waeren, an ihrer Brüder Sohne.* Quibus verbis eamdem significationem tribuit in confirmatione sua Rudolphus ac §. praeced. voci *fratrum. Dass die Worter Brüder Sohne von den vollbürtigen und denen, so vom Vater gebrüdert seyn ihren Sohnen zugleich sollen verstanden werden*; idque ex eadem ratione, de qua in §. praec. dictum fuit. conf. Carpz. *p.* 3. *c.* 29. *d.* 4. *num.* 7. Hodie augustissimus noster Leopoldus speciali sanctione de dato *Wien den* 9. *Jul.* 1697. fratrum filiis jus repraesentationis in linea collaterali clementi sime concessit, eosque cum fratribus ad successionem admittendos esse declaravit. *Dass wo in Lehens-Erbschafften Brüder mit Brüders Sohnen concurriren, das jus repraesentationis statt haben, mithin diese von solchen nicht ausschliessen, sondern denjenigen Antheil, den ihr verstorbener Vater, wenn er gelebet haette, zu erwarten gehabt, gleichfalls zu bekommen und mit des verstorbenen Brüdern zu geniessen haben sollen.* Quod non tantum juri feudali communi 2. *f.* 11. §. 2. sed et saxonico *Lehn Recht cap.* 32. *ibique glossa* convenit. Schultz. *synops. jur. feud. cap.* 8. *num.* 139. *seqq.* quo casu, introducta ita fori saxonici observantia, hodie cum fratribus in stirpes succedunt, inter se vero soli in capita. dn. Strib. *tr. de succ. ab intest. diss.* 3. *cap.* 2. §. 4. *et* 6. Ultra eorum personas autem in linea collaterali jus illud repraesentationis se non extendet. Carpz. *p.* 3. *c.* 29. *d.* 7. Idque tantum quoad successionem in fratris seu patrui defuncti bona obtinere puto, qui casus controversus apud nos novae illi sanctioni pragmaticae etiam occasionem dedit; nam in successione remotioris agnati fratrum defunctorum filii cum reliquis haud concurrent. Dn. Stryk. *exam. jur. feud. c.* 16. *q.* 13.

§. 9. Hos excipiunt (V.) suorum filii, *wo aber der keiner vorhanden, an ihrer Schwester Sohne.* Apud quos etiam familiae respectus adhuc obtinet, *dass Schwester Sohne von vollbürtigen Schwestern, und die vom Vater geschwistert seyn, sollen verstanden werden*, adeoque nec hic sororum uterinarum liberis locus erit. Sed quid de sororibus ipsis puta germanis vel consanguineis dicendum, annon illae hoc casu succedere possent fratri, et filiis suis praeferri? Anceps videtur haec quaestio, quia foeminae regulariter in feudis nostris deficientibus masculis proximioribus admittuntur; cur ergo hoc casu filius sororis tamquam remotior ipsi matri vel materterae praefertur? Verum cum divus noster legislator eam ad successionem expresse in hoc ordine non vocaverit, et in feudis nostris quamvis mere haereditariis quandoque per suprà dicta masculorum conditio sit potior, rebus sic stantibus ad eam successio non pertinebit. conf. dn. Stryk. *tr. de succ. ab int. diss.* 7. *cap.* 3. *th.* 30. Id quod tamen ita intelligendum puto: modo mater vel matertera non jam admissae sint; tunc enim filius superveniens haereditatem jam acquisitam ex hoc titulo praetendere non poterit. idem *cit. loco* §. 31. conf. Struv. *jur. feud. c.* 9. §. 8. *n.* 8.

§. 10. His omnibus non extantibus privilegium Rudolphinum nominatim facultatem succedendi. (VI) Patri confert. *Auff den Fall aber weder Sohne noch Tochter, Brüder oder derselben Sohne und auch nicht Schwester Sohne wie obgemeldt verhanden waeren, soll die Erbschafft alsdenn an den leiblichen Vater fallen;* cum Vladislaus in genere tantum statuat: *und fort allewege an die naechsten kommen und gefallen sollen.* Quamvis ergo jus feudale commune 2. *f.* 50. nec non saxonicum *Lehn-Recht c.* 6. *et* 21. Schultz. *synops. jur. feud. c.* 8. *n.* 107. *seqq.* adscendentes excludat, speciali tamen hoc statuto illis apud nos derogatum est. conf. Anton. *disp. feud. 5. th.* 6. *lit.* 6. ad quod accedit, quod feuda nostra sint mere haereditaria, in quibus plerumque pari modo uti in allodialibus succeditur, adeoque pater etiam admittitur. dn. Stryk. *de succ. ab int. diss.* 2. *c.* 2. §. 4. licet in eo nostrum statutum aliquid speciale habeat, quod pater a fratribus extantibus defuncti, eorumque et sororum filiis excludatur; cum alias vel cum iis concurrat, vel etiam iis praeferatur. *Idem cit. loco* §. 7. Mater vero cum patre non simul succedet, quia, uti jam aliquoties dictum, masculi proximiores in successione feudorum nostrorum semper praeferuntur, id quod vel maxime circa patrem obtineat necesse est, utpote qui caput suae familiae repraesentat. Idem etiam jure saxonico ita sese habet. *Land Recht lib.* 1. *art.* 17. Zobel. *differ. jur. sax. et civ. p.* 3. *d.* 6. *n.* 2. Patris autem appellatione venire etiam reliquos ascendentes moribus saxonicis idem monet *loco citato*; ita tamen, ut gradus praerogativa semper observetur; quod apud nos etiam obtinebit: quamvis enim in allegatis locis de allodiis tantum sermo sit, quin tamen ad nostra feuda mere haereditaria ab illis parum differentia haec applicari possint, nullus dubito.

§. 11. Tandem conceditur successio (VII.) collateralibus proximis, quae tantum non modo haereditario seu allodiali se habet. *Wo der (Vater) nicht verhanden, an den Nechsten, welcher von dem Vater und desselben Geblütte und Freundschafft der Nechste ist, ohne Unterscheid Manns oder Weibes Personen, ohne alle Mittel nachdem ein jedweder der Wurtzel und also der Sippe nach am naehesten, kommen und fallen.* Salva tamen hic semper manet agnationis et cognationis differentia; inde eae saltem personae, quae patri vinculo consanguinitatis junguntur, hic admitti solent, quo feudum eo diutius penes personas familiam attingentes maneat. Succedent ergo tunc suo loco et ordine etiam mater, soror aliique omnes collaterales defuncti, qui antea per fratres eorumque et sororum filios excludebantur, idque secundum regulam juris saxonici *Land-Recht lib.* 1. *art.* 17. *Je naeher der Sippe, je naeher dem Erbe*, i. e. quo quis gradu defuncto proximior, eo proximior quoque haeres. Vox

enim illa *Wartzel* nihil aliud denotat quam defunctum (non vero praecise primum acquirentem, qui in successione feudali, quando de proximitate quaestio est, non attenditur. Dn. Stryk. *exam. jur. feud. c. 16. qu. 7.*) secundum quem gradum computatio instituenda est. Dn. Stryk. *tr. de succ. ab int. d. 3. c. 2. §. 11.* ex quo fundamento ab illustri duodecimvirali judicio in causis successionem feudalem concernentibus *anno* 1569. post festum S. Luciae pronunciatum fuit, sororem patruo esse praeferendam, et *anno* 1571. post festum pentecost. per sententiam amitae defuncti prae patrui filiis adjudicabatur haereditas; sine dubio ex hac ratione, quia in illo casu soror patruo, et in hoc amita patrui filiis uno gradu est proximior. Illam successionem ita in infinitum obtinere puto; neque enim restrictio illa juris saxonici *Land-Recht lib 1. art. 3.* ad septimum gradum hactenus ullibi est recepta. conf. Struv. *synt. jur. feud. c. 9. th. 7. n. 1.* Zobel. *differ. jur. sax. et civ. p. 3. d. 19. n. 12.*

§. 12. Circa successionem conjugum ex ordine equestri con *Ritters-Art* notandum adhuc est, maritum in his ducatibus non esse in totum haeredem uxoris mobiliarem, quemadmodum alias jure saxonico *Land-Recht lib. 1. art. 37.* disponitur. dn. Stryk. *tr. de succ. ab intest. diss. 4. c. 3. th. 7. seqq.* Sed cum eo quoad dimidiam partem bonorum mobilium concurrere liberos, vel his deficientibus proximam cognatam. *Ob in künfftigen Zeiten*, verba sunt privilegii rudolphini, *sich begeben würde, dass eine Frau von Ritters-Art an bauren und ausgeliehenen Gelde und anderer Fahrniss über ihr eingebracht Ehe-Geld etwas hinter sich verliesse, und ohne letzten Willen stürbe, soll solch Geld und Fahrniss der halbe Theil an ihren Mann, der andre halbe Theil an ihre Kinder, waeren aber nicht Kinder verhanden, der eine halbe Theil an ihre naechste Freundin kommen und fallen.* Quae dispositio ad foeminas nobiles tantum pertinebit, non vero ad vassallorum non nobilium conjuges, sed quoad has jus saxonicum observandum esse puto, per ea quae habet Carpz. *p. 3. c. 37. d. 1. n. 7.* Quod reliquam conjugum successionem concernit, cum nihil specialiter statutum deprehendamus, praeter pacta dotalia jura saxonica observanda erunt; de quibus videatur dn. Stryk. *tr. cit. alleg. §. et seqq.* utpote ad quae deficientibus statutis in Silesia semper est recurrendum. conf. Dn. Stryk. disp. *de juribus viduae nobilis in Saxonia.*

§. 13. Quoad geradam foeminarum nobilium in nostris terris etiam singulares consuetudines obtinent. De hac enim tam inter vivos quam mortis causa libere disponere, et in quemcumque etiam extraneum eam transferre possunt; indeque Divus Rudolphus in saepius allegato privilegio a bonis uxoris, de quibus §. praec. dictum fuit, eam notanter excipit: *ausgeschlossen die Gerade, damit doch auch eine jedwede von Frauen und jungfrauen unter den Lebendigen und auff den Todes Fall nach eingeführter Gewohnheit dieser Fürstenthümer frey maechtig zu thun und zu lassen.)* In quo mores nostri valde abeunt a jure saxonico, quod geradae alienationem, quae fit per ultimam voluntatem et donationem mortis causa, non admittit, nisi consensus proximae cognatae accedat conf. Carpz. *p. 2. c. 16. d. 1. et 2.* quamvis donationem ejus inter vivos permittat. Idem *ibid. d. 4.* Eamdem licentiam de gerada testandi etiam obtinere in ducatu bremensi testatur Mevius *dec. p. 7. dec. 254.* Caeterum ab intestato gerada defertur proximae cognatae etiam apud nos secundum jus saxonicum *Land-Recht lib. 1. art. 27.* Ista quoque differentia, quae inter geradam et niftelgeradam est Carpz. *p. 2. c. 14. d. 22. n. 2.* moribus nostris observatur. Quae vero res ad geradam pertineant, docet specialis catalogus, quem, ne labor noster academicus nimium excresceret, apponere haud consultum duximus, praesertim cum anno seculi praeteriti decimo octavo sit confectus, a quo tempore mutato ornatu muliebri res geradicae quoque valde mutatae et auctae fuerunt.

§. 14. Quemadmodum cognati geradam, ita agnati Hergewettam secundum jus saxonicum *Land-Recht lib. 1. art. 22.* etiam apud nos praecipuam habent. Praeterea uxori Morgengaba non non ciboria domestica *dass Mussttheil* debentur, in quibus omnibus jura saxonica, puta *Land-Recht. lib. 1. art. 22. 24. et l. 3. a. 38.* observantur, et uti in catalogo, qui hac de re extat, dicitur, *nach Ordnung der Saechsischen Rechte* proceditur. Dotalitium quoque vassallorum viduabus salvum est, quod plerumque una cum dote in pactis dotalibus determinatur, vel si talia non extent, duplicatae dotis usurae debentur secundum receptos mores saxonicos. conf. Carpz. *p. 2. c. 42. d. 2. n. 7. seqq.* Nec interest in Silesia, an dos illata sit vivo marito, an eo defuncto uxor una cum interesse debito eam offerat; hoc enim casu dotalitium etiam a vidua recte exigi docet sententia supremi judicii regii pragensis, quam Schifordegh. *tr. de vet. et nov. jure siles. q. fin.* allegat; cum quo faciunt consuetudines saxonicae Carpz. *p. 2. c. 44. d. 11.* Unde in Silesia ad constitutionem dotalitii non praecise requiritur, dotem in feudi utilitatem esse versam. Weingart. *fasc. jur. div. p. 1. pag. 370.* An vero apud nos ex feudis dotalitium constitui possit, non est quod demum dubites, cum illa aeque ac allodia liberae dispositioni subjecta omne non respuant, quod moribus germanicis omnibus feudis incumbit. conf. Schultz. *Synops. jur. feud. cap. VIII. num. 215. seqq.* Mod. Pistor. *vol. II. cons. 11. n. 25.* et Henelium *de dotalitio c. 9. §. 7.* qui in eleganti hoc opere consuetudines Silesiae circa dotalitium more suo laudando subinde diligentissime adducit et accurate examinat, quae cum in ducatibus nostris nihil speciale sit constitutum, etiam apud nos locum invenient.

CAPUT V.

De oneribus feudorum et vassallorum.

SUMMARIA.

De servitiis feudalibus. §. 1.
Sunt determinata. §. 2.
Et quidem militaria. §. 3.
De servitiis equestribus. §. 4.
Cujus sumptibus praestentur? §. 5.
De conscriptione militari. §. 6.

Tenentur ad collectas. §. 7.
Et quidem omnes. §. 8.
Vassallis nobilibus certa munera imponuntur. §. 9.

§. 1. Cum de debitis feudalibus vel vassallorum jam supra *s. II. c.* 3. §. 3. de dote *s. II. c.* 4. §. 5. et de dotalitio *ibidem* §. 14. dictum sit, restat, ut de servitiis equestribus, reliquisque oneribus adhuc quaedam dicamus. Et quidem quod in specie servitia illa concernit, ad ea obligari vassallos nostros intuitu feudorum suorum, facile constare potest ex iis, quae supra *s.* 1. *c.* 1. §. 13. de feudis Silesiae in genere disseruimus, quia in his terris huic oneri obnoxia sunt omnia bona, sive allodialia sint sive feudalia Quo vero in specie de feudis nostris jam agamus, docent illud apud nos reservationes et clausulae a regibus Bohemiae tamquam dominis directis apponi solitae, quoties vassallis privilegia indulta sunt; quorum exempla nonnulla jam supra *s. II. c.* 1. §. 4. adduximus, ubi servitia *dienste* notanter excepta leguntur; inde jurant vassalli nostri inter alia *gewolt zu seyn*, qua voce *gewelt* vel uti alias dicitur *gewaertig*, obligatio ad servitia indigitatur, quod secundum jus saxonicum feudale *Lehn-Recht c.* 3. ita exprimitur: *dass er ihm getreu und hold seyn wolle mit der folge.* Quae vox *folge* idem denotat. conf. Wehner. *obs. pract. voce: Ritter-Dienst et voce: folge.* Idque eo minus habet dubitationis, cum posito feudo quamvis improprio regulariter etiam ponenda sint servitia, quia sunt de natura feudi et regulariter debentur, nisi expresse sint remissa. conf. Anton. *jur. feud. disp. VII. th.* 5. *et* 3. *ibique not.* Struv. *synt. jur. feud. c.* XI. §. 4.

§. 2. Pristinis temporibus servitia equestria indeterminata fuisse, vassallosque nobiles ad beneplacitum principum suorum ea praestitisse apparet ex eo, quod Schikfus. *Chron. Siles.* LII. *c.* 27. adducit: *dass zuvor ein jeder, wie der Mann gesessen gewesen, fortziehen müssen.* Verum ibidem etiam notat, Boleslaum I. ducem schwidnicensem certum ordinem constituisse, *dass er unter seinem Adel wegen des Fortzuges eine gewisse Ordnung gemacht, und di Ritter-Dienste ihnen nach eines jeden Vermögen aufferleget.* conf. Cromerus *de rebus Polonorum lib.* XI. Sequentibus temporibus accuratius hoc determinabatur, et inprimis in nostris ducatibus extat Ferdinandi I. gloriosissimae recordationis specialis constitutio: *Revers wegen der Ritter-Dienste de anno* 1550. ubi definitum, quod horum ducatuum status trecentis equitibus in casu necessitatis regi Bohemiae domino suo servire debeant. *Dass solche Staende der Königlichen majestaet. Ihro majestaet Erben und nachkommenden Konigen zu Boheimb als Obristen Hertzog in Schlesien dreyhundert wohlgerüstete Pferde zu Ritter Dienst, wen es der Königlichen majestaet oder Ihro majestaet Erben und nachkommenden Konigen zu Bohaimb. Nothdurfft seyn und sie darzu ermahnen und erfordern werden, schiken and abfertigen wollen.* Secundum hunc numerum CCC. equorum postea habita ratione feudorum, quot equis quisque vassallus servire debeat, determinatum fuit, *was auff ein jedes Gutt der* 300. *Pferde wegen kommt.* Aestimatur autem equus *ein gerustetes Pferdt* 72. thaleris adeoque *ein halb Lehn Pferd* 36. *und ein Fuss* 18. *Thaler;* qua de re certa registra in cancellaria nostrorum ducatuum habentur.

§. 3. Sunt autem servitia illa potissimum militaria, quae vassallis nostris incumbunt; inde vocantur *Ritter-Dienste*, quae equis armisque praestantur. Wehner. *voce Ritter-Dienste.* Notatu dignum est, in antiquis nostris privilegiis mentionem fieri vexillorum, *gewisser Panier und Heerzeichen.* Ita Carolus IV. in confirmatione privilegiorum *de anno* 1369. promittit: *Dass in demeselben Lande Rittern und Knechten bleiben sollen Panier und Heerzeichen, die von alten Fürsten auff dasselbe Land gestorben und gefallen sind.* Idemque iisdem verbis spondet Wenceslaus filius in privilegio *de anno eod.* quibus vexillis eos forte usos fuisse in praestandis servitiis militaribus conjicio, cum idem ferme reperiatur sancitum *in der Fürstenthümer Oppeln und Ratibor Landes Ordnung p.* 2. *tit.* 8. *von Fahn und Feldzeichen.* conf. Weingart. *fusc. jur. div. p.* 2. *p.* 228. *seqq.* qualia vexilla a Bannerriis nobilibus praeferri solebant; unde *Banner-Herren* dicebantur, qui erigendi vexilli militaris et sub eo inferiores vassallos ducendi praerogativa gaudebant. Hopping. *de jure insignium cap.* XVII. *n.* 43. conf. Besold. *voce Banner.* Servitia paganica certa non requiruntur a vassallis nostris, nisi forte huc referri velles, quando accedenti Bohemiae regi vassalli nobiles obviam procedere et apparatu splendido eum excipere solent; cujus exempla passim legi possunt in Chronico Silesiae Schickfusii; haec tamen obsequii testandi causa potius una cum aliis subditis exhibentur, quam quod tamquam vassalli ad illa in specie essent obstricti.

§. 4. Ad servitia illa militaria obligantur regulariter omnes, sive feuda nobilia sive ignobilia possideant, *Herren, Ritterschafft, freye Lehns-Leute und die von Staedten, welche Land-Gütter haben*; sive bona sint allodialia sive feudalia, per superius dicta; nisi quod clericis serviendi necessitas remissa sit, et ad haec excipiantur in allegatis literis reversalibus Ferdinandi I. *die Burglehn und Geschösser*; ex ea ratione, quod sint bona cameralia; quo privilegio an adhuc hodie gaudeant, postquam alienata et aliis in feudum concessa sunt, haud immerito dubitari potest. Caeterum in persona propria vassallus in nostris terris servire non tenetur, sed ex dispensatione clementissima divi imperatoris Ferdinandi I. personam acceptabilem substituere licet. *Da einer aus beweglichen Ursachen selbst persönlich zuziehen ungeschickt, so sol er eine andre taugliche Person, obgleich dieselbe nicht einer von Adel, mit seiner Anzahl, so viel auff ihn kommt, schicken.* Qualitatem vero substituti examinabunt commissarii ad lustrationem equitum *zur Musterung der Ritter-Pferde* constituti, Schultz. *synops. jur. feud. c.* 10. *n.* 38. *seq.* quae lustratio regulariter in territorio horum ducatuum instituenda est. Ex eo simul colligitur, foeminas ad praestanda servitia etiam obligatas esse, cum hoc casu, *da einer selbst zuziehen ungeschickt*, alius substitui debeat. vid. Rosenth. *synops. feud. cap.* 8. *concl.* 8. *n.* 8. *et seqq.* Idem de pupillo dicendum *Land-Recht lib.* 1. *art.* 23. *Lehn-Recht c.* 26. Zobel. *differ. jur. civ. et sax. p.* 2. *diff.* 24. civitates bona possidentes etiam per substitutum uti reliquae universitates omnes serviunt. Anton. *jus feud. disp.* 7. *th.* 5. *lit. b.*

§. 5. An vero domini an propriis sumptibus servitia haec equestria praestanda sint, dependet ex illa praejudiciali quaestione: quousque fines territorii, in-

ta quod servire tenentur, se extendant? Sane hoc non definivit divus Ferdinandus in allegatis literis reversalibus, sed statibus praetendentibus; *Dass sie solche Ritter-Dienste ausser der Fürstenthümer Schweidnitz und Jauer-Graentz nicht solten zu thun verpflichtet seyn, man gebe ihnen denn die Besoldung*, necessitatem imposuit probandi hoc privilegium, alias vero fines ad universam Silesiam restringi voluit. Fundatam autem esse nostrorum statuum praetensionem constat ex privilegio Annae Augustae *de anno* 1353. Weingart. *p.* 2. *fol.* 269. *seq.* ubi: *Auch sollen und wollen wir sie, die uns Dienstes pflichtig seyn, nicht zwingen, noch ihnen gebieten, keinerley Dienst zu thun auswendig der Graentz der vorgenannten Fürstenthümer und Landes*, a quo tamen privilegio, indistincte vassallis militantibus (*auswendig und inwendig der Graentze*), stipendia (*Kost und Nothdurfft*), promittente more hodierni ex jam dictis recesserunt, qui potius conveniunt cum jure feudali longobardico, quod 2. *f.* 107. territorii respectum habet. conf. dn. Stryk. *exam. jur. feud. cap.* 18. *q.* 27. jus saxonicum feudale commune *Lehn Recht c.* 4. neutrum respicit, sed indistincte obligat dominum ad suppeditandos sumptus post lapsum sex septimanarum; sed contrariam consuetudinem in plerisque locis obtinere monet. Carpz. *p.* 3. *c.* 28. *d.* 18. *n.* 7. Quoties igitur vassalli nostri intra fines horum ducatuum serviunt, proprios sumptus impendere tenentur, extra territorium hoc vero dominus stipendia solvit. Sed an hodie fines tam accurate adhuc observentur, mihi quidem adeo certe non constat. Sane cum onus suppeditandi stipendia et sumptus finaliter in provinciam redundet, a qua per modum collectarum hodie exiguntur, non multum interierit, unde tandem sumptus proveniant.

§. 6. Hunc in modum igitur se habent servitia equestria apud nos, quorum usus pristinis temporibus frequentior erat ac quidem hodie, nisi quod *anno* 1664. cum periculi belli turcici provinciis his immineret, ea adhuc exacta fuisse constet. Scilicet cum hodie in bellis gerendis militia, ut vocatur regularis plerumque adhibeatur, et servitia equestria ad territorium restricta sint, inventa est conscriptio militaris, *die Landes-Werbung*, ubi loco servitiorum equestrium *der Ritter-Dienste* miles certus est conscribendus sumptibus totius provinciae, isque praecipue pedestris, (equestris enim comparatio communiter ipsis officialibus militaribus committitur) qui extra Silesiam regi Bohemiae militet. Numerus vero militum ab unoquoque statuum praestandorum rationem habet ad indictionem collectarum (seu ut vulgo dicuntur steurarum) impositarum et ex his aestimatur, quot quisque viros praestare debeat. Huic oneri non tantum subjiciuntur omnes reliqui status, eorumque bona, cujuscumque sint qualitatis et conditionis, sed etiam clerici ipsi, qui secundum hactenus dicta a servitiis equestribus alias immunes erant. Vassalli tamen ipsi non suis sumptibus, sed communitatis villae (*auff Unkosten der Gemeine*) militem conscribunt, ita ut quilibet rusticus vel incola suam portionem conferre teneatur.

§. 7. Est quoque generale omnium feudorum non tantum in nostris sed universae etiam Silesiae ducatibus onus, ut praeter servitia possessores ad collectas perinde ut alii subditi obligentur; adeoque differentia illa, quae in Saxonia est *zwischen Ritter- und Steuerbaren Hufen*, Carpz. *p.* 3. *c.* 28. *d.* 19. apud nos plane non attendatur. Origo hujus oneris communiter Boleslao I. duci Schwidnicensi adscribitur, a quo juris feudalis saxonici introductionem et servitiorum equestrium determinationem supra etiam deduximus. conf. Lichtensterns *Schlesische Fürsten-Krone pag.* 367. et primis quidem temporibus collectae voluntariae fuisse videntur ad rogationem dominorum factae; unde in privilegiis nostris nonnunquam dicuntur *die Königliche Beede*, de quo vocabulo. conf. Wehner. *obs. pract. voce Beede*. Sed quae ob frequentem usum postea in perpetuum et necessarium onus abierunt, et hodie secundum certam distributionem ex debito exiguntur. conf. *Lichternstern pag.* 720. *seq.* Quam in rem prostat indictio quaedam, secundum quam collectae imponi solent. Exhibet antiquam generosus dn. de Metzdorff *in appendice der extracte der Kayserlichen und Königlichen Fürsten Tags-Propositionen* sed illa post finitum bellum tricennale temperata fuit; unde recentior adhuc prostat. Praeter generalem illam indictionem singuli ducatus suas speciales habent ratione bonorum ibidem sitorum, secundum quas catastra conficiuntur et ab incolis steurae exiguntur. Hae sunt collectae ordinariae, praeter quas variae extraordinariae adhuc imponi solent, de quibus hic dicere non attinet.

§. 8. His vero oneribus collectarum et tributorum obnoxia sunt regulariter omnia bona horum ducatuum, nulla possessorum habita ratione, sive illi sint clerici sive seculares, sive nobiles sive ignobiles. Quoad clericorum bona expressa reservatio reperitur ad instantiam reliquorum ordinum facta a Divo Ferdinando I. in literis reversalibus ob servitia equestria concessis, quas jam hoc capite aliquoties adduximus, ubi: *dass die Geistligkeit und Burglehn, auch Geschösser in andern Sachen von dem Lande nicht getrennet, noch gezogen werden, sondern dieselben wie bisher bey dem Lande bleiben und die Mitleidung tragen sollen.* Quod clarius adhuc exprimitur quoad universam Silesiam *in der Kayserlichen resolution auff des gesammten Landes Schlesiens hinterstellige gravamina de anno* 1610. ubi; *dass ebenermassen wie sich die Weltlichen bisshero verhalten und jederzeit thun müssen, also auch die Geistlichen sambt den Commendatoren in denjenigen territoriis, da sie mit ihren Güttern gesessen. . . . Anlagen, Steuern und Hülffen abgeben sollen.* De civitatibus eorumque incolis pagos possidentibus vide *Königs Matthiae Spruch de anno* 1475. §. *am ersten als*: nec non *Königs Ferdinandi I. bestaettigten Vertrag zwischen Land und Staedten der Fürstenthümer Schweidnitz und Jauer de anno* 1546. sub titulo: *der von Staedten Mitleydung*, ubi ipsis necessitas solvendi collectas aeque ac aliis vassallis injungitur. Illi tamen, qui feuda majora, quibus jus statuum annexum est, possident, steurarum solutionem aliquot thaleris minorem praestant, quam praediorum rusticorum possessores. De reliquis oneribus praestari solitis e. g. hospitatione et vectura militari, angariis et parangariis et similibus idem apud nos statuendum est, utpote ad quae indistincte omnes etiam tenentur.

§. 9. Ad onera et servitia vassallorum nobilium qua talium (*Landsassen*) in specie referri possunt asses-

soratus munera ab iis in judiciis horum ducatuum provincialibus sevirali scilicet et duodecimvirali *Mann- und Zwölffer-Recht* gratis suscipienda. Et quidem qui judicio sevirali assident tres nobiles, ex ordine equestri Weichbildi Schwidnicensis eliguntur et olim salarium quoddam a tribus Coenobiis Leubensi, Cameneciensi et B. Virginis, (quod in Arena Vratislaviensium situm est) praestandum habebant, neque ultra biennium inviti hoc munere onerabantur. conf. Weingart. *fasc. jur. div. p.* 2. *fol.* 288. *seq.* Hodie vero aliter se res habet, munusque, quod antea temporarium erat, ad dies vitae retinet, qui ad subeundas partes assessoris a supremo aulae praefecto, tamquam Praeside illustris bujus judicii semel delectus est. conf. dn. Carisii *disp. de jure civium Schwidn. em. feuda nob. s. II.* §. 8. Ad constitutionem judicii duodecimviralis concurrunt etiam reliquorum districtuum seu Weichbildorum nobiles, quorum quisque munus duodecimviri *eines Zwölffers* sive assessoris subire et delectus singulis quatuor anni temporibus, quando judicium illud Praeside illustrissimo capitaneo exercetur, interesse debet. Est vero hoc officium ambulatorium; inde quoties quis quatuor vicibus eo functus est, *wenn er es vier Quartale besitzen helffen*, ad alium ex ordine nobilium devolvitur, qui ipsi succedit; postea ad triennium ab ejusmodi muneribus immunis est; quae et similia pluribus definiuntur *in der Bestellung des Zwölffer-Rechts*, quam exhibet Weingart. *p.* 2. *fol.* 288. *seq* conferri hic omnino debet Divi Rudolphi II. *Kayserliche confirmation der Vergleichung wegen Besetzung des Zwoelffer Rechts, wie auch der supplication und revision halber de anno* 1601. apud eumdem *p.* 2. *fol.* 280. *seqq.* ubi statutum, quod qui semel assessores judicii duodecimviralis constituti sunt diutius huic muneri praesse debeant, eorumque opera salario aliquo sit remuneranda.

CAPUT VI.

De privilegiis vassallorum.

SUMMARIA

Feuda nostra non nobilitant. §. 1.
De privilegio fori. §. 2.
De jure statuum. §. 3.
Vassalli nobilis quoad officia praecipui. §. 4.
Quid hodie obtineat? §. 5.
Immunitas a poena contumaciae hodie abrogata. §. 6.
Juramentum testium oraliter non praestant. §. 7.
De aliis privilegiis. §. 8.
Conclusio. §. 9.

§. 1. Dicendum adhuc est de privilegiis, quae intuitu feudorum nostrorum scilicet majorum vel nobilium possessoribus seu vassallis competunt. Sed ante omnia monendum est, quemadmodum jure saxonico acquisito feudo nobili nulla equestris dignitas possessori simul acquiritur. *Sein Schild wird dadurch nicht erhoehet, Lehn-Recht c.* 21. Anton. *jus feud. disp.* 1. *th.* 6. *lit. b.* ita etiam in nostris terris jura nobilitatis personalia feudis non adhaerent, sed ea specialiter adhuc impetranda sunt a rege Bohemiae. Ubi quidem respectu Silesiae et nostrorum ducatuum id observandum, quod non praecise diplomata nobilitatis *Adels-Briefe* ex cancellaria imperiali (*Reichs Canzelley*) petenda sint; nam quod in cap. leopold. *art.* 44. habetur, respicit imperium romano-germanicum, non vero Bohemiam, cum qua Silesia nostra cohaeret; neque enim rex Bohemiae interest, quando capitulatio conficitur, adeoque quoad terras suas non obligatur. Schwed. *Introd. in jus publ. part. spec. s.* 2. *c.* 5. §. 1. possunt ergo a nostratibus diplomata etiam peti ex cancellaria Archiducali Austriaca, vel quod ad evitandas contradictiones tutissimum ex Bohemica, praesertim cum creati a rege Bohemiae nobiles in imperio germanico universo tales etiam habeantur. Ill. dn. de Rhetz. *instit. jur. publ. lib.* 1. *tit.* 19. §. 2. Quamvis autem vassallum apud nos feudum non nobilitet, tribuit tamen ipsi varia jura et immunitates, ut in multis, nisi jam nobilis sit, nobilibus tamen aequiparetur. Inde in nostris privilegiis et constitutionibus provincialibus saepissime conjunguntur *die von Adel und belehnete*; *item Ritterschafft und Manne, die belehnet seyn.* Quo ipso tamen jura ordini equestri qua tali competentia nihilominus salva manent, ejusque dignitati et praerogativae nihil detrahitur. Ex illis igitur privilegiis, quae vassallis nostris in genere sunt tributa, potiora jam in medium proferemus.

§. 2. Primarium ex his est privilegium fori, vi cujus vassalli magistratus civitatensis jurisdictionem agnoscere haud tenentur, sed regulariter forum sortiuntur coram illustrissimo horum ducatuum capitaneo, vices regias ibidem pleno jure tenente, judiciisque provincialibus. (quamvis hodie horum non aequalis sit vigor ac quidem pristinis temporibus) Deprehenduntur am hujus exemptionis vestigia in antiquissimis privilegiis. Ita in privilegio Henrici ducis Silesiae civitati Schwidnicensi concesso *de anno* 1285. constitutum: *item damus, concedimus et volumus, ut omnes Milites et foedales super debitis in dicta civitate contractis coram nostro provinciali advocato ejusdem civitatis conventi debeant respondere.* Quem advocatum provincialem in villis nomine ducum jus dixisse optime exponit Schifordegh. *in tr. de jurisd. quae fuit in Silesia q.* 1. cum advocatus haereditarius in civitatibus jurisdictionem exerceret, illo dignitate multum inferior. Postea mutato statu pristino alia jurisdictionis forma introducta, capitaneusque constitutus, coram quo hodie vassalli forum competens habent, idque tam in causis feudalibus quam allodialibus, tam civilibus quam criminalibus. videatur *der Boehmische Spruch zwischen Land und Staedten der Fürstenthümer Schweidnitz und Jauer de anno* 1510. sub rubrica: *Gerichte über dem Adel.* Weingart. *p.* 2. *fol.* 263. nec obstat, quod hic nobilium in specie fiat mentio, dictum enim in §. praeced. ad vassallos feuda nobilia possidentes aeque talia privilegia pertinere, quod etiam usu ita servari testatur experientia. conf. Ferdinandi I. *bestaettigten Vertrag de anno* 1546. *tit. Hals-Gerichte*; ubi in genere dicitur: *Ein jeder Landsass und Belehneter.* Quae tamen de exem-

ptione a jurisdictione civitatensi diximus, limitationem patiuntur, si forte vassalli in civitatibus domos possideant, quo casu ad omnia onera realia tenentur, et in actionibus realibus coram magistratu civitatis tamquam in foro rei sitae se sistere debent; cum non persona sed res hic attendatur. conf. dn. Stryk. *not. ad laut. p.* 39. Voce: *clericus. videatur der Böhmische Spruch. rubric.* 7. ubi in specie hoc urgent civitates contra nobiles, qui proprias aedes in civitatibus emunt. Inprimis vero notatu digna est judicii criminalis constitutio, quando contra vassallum delinquentem formanda est inquisitio. Praeses ibi est illustrissimus capitaneus, assessores vero 12. Pares curiae seu convassalli; ex iis quatuor priores sunt *die vier Ober-Rechts Sitzer*, reliqui octo ex singulis horum ducatuum Weichbildis a capitaneo conscribuntur. Coram judicio ita formato inquisitus respondere tenetur. Eodem ferme modo apud Germanos olim judicium criminale nobilium, quod *Mannrecht* dicebatur, institutum fuisse docet Schottelius *in tr. de singul. in germ. juribus c.* 4. §. 1. *seqq.* Quid obtineat, si in civitate delictum gravius a vassallo quodam commissum fuerit, vide allegatam transactionem a Ferdinando I. confirmatam *cit. loco.* Scilicet judex loci inquirendi potestatem non habet, sed in custodia tantum delinquentem detinet, et capitaneo crimen commissum denunciat, qui adhibitis adhuc duobus ex ordine senatorio illius civitatis modo dicto judicium criminale instituit.

§ 3. Nec minoris momenti est jus statuum, cujus hic est effectus, ut vassallus in comitiis et conventibus provincialibus comparere, deliberationibus interesse, votumque suum de negotiis in medium prolatis dare possit. Competit illud vassallo propter feudum, quod possidet et aliquam provinciae hujus portionem eminentiorem constituit; utque adeo ad ipsam vassalli conditionem vel dignitatem natalitiam non adeo respiciendum sit, cum semel ad possessionem feudi nobilis admissus, membrum reliquorum statuum provincialium fiat, et ibi non ratione personae sed honorum compareat; ex qua ratione vassallum non nobilem ad jus voti et sessionis in ejusmodi conventibus omnino admittendum esse censeo. Inde clerici quoque, quos inter vassallos nostrorum ducatuum numerari supra *s.* 2. *c.* 2. §. 4. diximus in comitiis dictis comparent, ibique jus voti et sessionis, uti seculares, habent, atque inter ordines provinciales referuntur; inter quos etiam primarium locum obtinent, eorumque mentio in titulis semper praeponitur: e. g. *Denen Herrn Praelaten und Landes Officiern.*

§. 4. In eo vero vassallorum nobilium prae non nobilibus conditio potior est, quod in officiis harum provinciarum primariis, puta *Landes-Hauptmanns, Oberrecht-Sitzers, Landes-Eltisten, Landesbestellten, Steuer-Einnehmers, Land-Schreibers, Hoff-Richters etc.* praeferendi sint tum his tum etiam nobilibus alienigenis. Verba privilegii Annae Augustae *de anno* 1353. (conf. Weingart. *p.* 2. *fol.* 270.) hanc in rem ita se habent; *Auch geloben wir und wollen in die obgenannten Furstenthümb, Herrschaffte und Zugehörunge keinen Hauptmann, Land-Schreiber oder sonsten Amptmann setzen in keinen Zeiten, er sey denn ein Biedermann, und wohl gesessen und gebohren aus demselben Lande.* Idque Carolus IV. maritus in privilegio *de anno* 1369, Weingart. *p.* 2. *fol.* 262. nec non filius ejus Wenceslaus eodem anno confirmarunt. Idem de novo statuit Ludovicus rex in privilegio *de an.* 1526. Weing. *p.* 2. *fol.* 277. ubi: *Dass wir, unsere Erben und nachkommende Koenige zu Boeheimb und Hertzog in Schlesien keinen andern Burggrafen, Amtmann, Hoff-Richter oder Cantzler---setzen und verordnen wollen, noch sollen, denn einen vierschildigen wohlvergaltenen Biedermann, in dieselben Fürstenthümern geboren und gesessen.* Jura indigenatus igitur etiam apud nos obtinent, eorumque semper habenda est ratio in conferendis officiis ad regimen harum provinciarum spectantibus; quod etiam in plerisque reliquorum Silesiae ducatuum privilegiis sancitum deprehendes. Apparet simul ex allegatis, quousque requiratur antiquitas stemmatis. Nimirum ex quatuor avis paternis et totidem maternis probari debet nobilitas; quod etiam apud Silesios in judicio equestri, *im Ritter Recht* ita observatur, prout hoc indigitat Georgius de Wentzky *tr. spec. vom Schlesischen Ritter-Recht. p.* 39. *seq.*

§. 5. Modernum usum jam adductorum quod concernit, haud diffitendum est, horum privilegiorum non adeo strictam hodie esse observantiam, cum augustissimi nostri patriae patres saepius personis alienigenis his terris clementissime prospexerint, easque dictis officiis praefecerint: idque inprimis quoad horum ducatuum praefecturam contigisse constat. Quo ipso tamen hactenus rei patriae non male consultum fuit, ex quo partes illae semper conereditae fuerunt viris, quorum intemerata in justitia administranda dexteritas, et indefessum in promovendo communi patriae bono studium ordinum amorem et applausum ipsis facile conciliarunt. Nec opus est, exempla ex longinquo petere; praesens est illustrissimi et excellentissimi dn. Francisci Josephi, S. R. J. comitis de Oppersdorff etc. etc. etc. Domini nostri gratiosissimi, quem sacratissimus imperator noster Leopoldus ad vices ejus regias in his ducatibus tenendas constituit, cui summo muneri, ut diutissime sospes et incolumis felici praesit successu, ea qua decet observantia, optandum est. Tantum vero abest, ut ejusmodi exceptionibus quamvis crebris omnis privilegiorum vis sit sublata, ut potius iidem augustissimi patriae patres datis literis reversalibus pro sua, qua semper complexi sunt hos suos ducatus clementia, eadem integra servarint! Ad manus jam est exemplum illarum literarum reversalium, quas Ferdinandus I. gloriosissimae memoriae ordinibus concessit *anno* 1561. cum Georgio Mehlio, regni Bohemiae vice cancellario germanico conferret castrum regium boleslaviense *das Koenigliche Burck-Lehn zu Buntzlau*, eumdemque judicio aulico ducatus jauroviensis praeficeret; ubi: *Dass* (excepto hoc casu) *keine ausluendische Person, und die nicht in den Furstenthümern Schweidnitz und Jauer geboren und belehnet, zu solcher Hoffrichterey und unserm Burck-Lehn Buntzlau solle zugelassen werden, et quod praesens casus ihren Freyheiten und privilegien solle unschaedlich seyn.* Praeterea hodie ad antiquitatem stemmatis non amplius adeo accurate respicitur, neque nobilitas a quatuor avis paternis vel maternis demum deducenda requiritur; quemadmodum pluribus de eo disponitur in rescripto caesareo, dat. *Neustadi den* 21. *april. anno* 1668. ubi agitur

de conditione et juribus *der nicht vierschildigen von Adel*, et quod ab officiis non sint excludendi.

§. 6. Gaudebant etiam olim vassalli ea immunitate in judicio sevirali regio, *im Koenigl. Mann-Rechte*, quod praecise non tenerentur ad primam citationem comparere, accusatioque contumaciae contra eos locum non haberet, neque restitutio expensarum termini ab iis urgeri posset; quod in privilegio regis Georgii *de anno* 1459. (in quo habetur ordinatio illius judicii regii) ipsis concessum est: *Die Ritterschafft und Manne, die belehnet seyn, sollen der Buffe frey seyn.* conf. Weingart. *p.* 2. *fol.* 273. *seqq.* sed meliori consilio augustissimus noster imperator judicium hoc illustre pristino vigori restituens illud abrogavit *in rescripto an das Koenigliche Ober-Ampts-Collegium de anno* 1660. ubi optimus patriae pater sapientissime constituit: *dass die übrigen Misstraeuche, dass die von Adel und Belehnten erst auff die dritte Citation ohne Straffe erscheinen, abgestellet etc. werden sollen*, ne lites ita nimium protelentur, sumptibusque et expensis parceretur. Adeoque hodie vassalli aeque ac aliae personae prima vice statim comparere debent, vel si emanserint, poenam contumaciae dare coguntur, nisi legitima impedimenta docere possint; de quo, tamquam capite processus communis, quod in nostris terris etiam obtinet, conf. dn. Stryk. *introd. ad prax. for. cap.* 6.

§. 7. Eminentiori tamen jure adhuc gaudent vassalli, quoties ad testimonium dicendum apud illustre judicium regium sevirale citantur, ut ad praestandum oraliter juramentum testium non teneantur, sed eorum depositio sine hoc requisito, alias maxime necessario, (conf. *c.* 51. *x. de testibus*) plenam mereatur fidem. *videatur die rothe Siegel-Ordnung* apud Weingart. *p.* 2. *fol.* 284. *ubi*: *denen von Adel und Belehnten mit gewöhnlicher Auffgebung des Eydes.* Sunt multi dd. qui ambigunt de valore ejusmodi statuti, inter quos est Mev. *ad jus lubec. p.* 5. *t.* 7. *art.* 11. *n.* 3. et Gail. *l.* 1. *obs.* 101. *n.* 13. cum nulli testi injurato credendum sit, et omnis substantia depositionis a juramento dependeat. conf. Carpz. *p.* 1. *c.* 16. *d.* 31. *n.* 1. *seqq.* Sed alii mitius procedunt et personis egregiis hoc privilegium non denegant. conf. B. Brunnem. *in proc. inquisit. c.* 8. *m.* 2. *n.* 44. quod etiam juri saxonico convenit. conf. *Land Recht lib.* 3. *art.* 88. ubi judici et scabinis necessitas jurandi hoc in casu etiam remissa est, et sub fidelitate imperio ante praestita deponere jubentur: idemque quoad personas juramento speciali in officii sui exordio praestito obstrictas apud nos disponit *die rothe Siegel-Ordnung allrg. loc.* Utrumque etiam de nobilibus dici potest, qui inter personas egregias merito referuntur. Setser. *de juram. l.* 3. *g.* 7. *n.* 7. quibus reliquos vassallos feuda nobilia possidentes aequiparari supra diximus sub initio hujus capitis. Nec ideo fidem amittit testimonium eorum, cum ante depositionem judicii hujus illustris praeses, *der Obriste Hoffmeister*, vel qui ejus locum tunc tenet, testem ad veritatem dicendam sub fide Deo, caesari et conjugi praestita compellat, *dass er, Zeuge, auff den Eyd den er Gott in der heiligen Tauffe, Ihro Majestaet, wie auch Weib und Kind geschworen, die rechte Warheit bekennen und aussagen solle.* Ut adeo metus perjurii eos etiam continere possit. Ad quod accedit, quod in causis civilibus hoc judicium tantum cognoscat, *vide die rothe Siegel-Ordnung*, non vero in criminalibus, quae vitam et honorem concernunt, in quibus illustrissimus capitaneus (scil. quoad vassallos) judex competens est, ubi juramentum a quocumque teste merito exigitur. conf. Brunnem. *proc. inquisit. cap.* 8. *m.* 2. *n.* 43.

§. 8. Possent adhuc plura privilegia, eaque valde insignia adduci, quae in ducatibus nostris vassallis tribuuntur, puta: jus de non evocando, cujus inprimis fit mentio in privilegio Vladislai *de anno* 1511. *Dass genante der Herren und Ritterschafft Standes nun und hinfort weder durch uns, unsere Erben und nachkommende Konige in Böheim und niemand anders umb keinerley Ursache willen ausserhalb Landes citiret, oder zu ewigen Zeiten bey mancherley Pön gefordert, geladen, gezogen werden, und daraus zu gestehen schuldig und verpflichtet seyn sollen.* conf. Weingart. *p. II. fol.* 277. Verum cum haec immunitas non tantum vassallis qua talibus, sed omnibus reliquis harum terrarum incolis ab Anna augusta sit concessa, vide privilegium illius *de anno* 1353. apud Weingart. *p. II. foll.* 11. *seqq.* nostro proposito proprie non convenit, multa verba de eo facere. Jus et judicium equestre, *das Ritter Recht*, ad nobiles tantum pertinet, et in causis injuriarum et nobilitatis probatione institui solet. Henel. *Silesograph. p.* 101. Nostrum ergo non est, de eo hoc loco agere, qui de privilegiis vassallorum tantum disserimus; nec etiam opus est, cum hodie raro vel nunquam amplius exerceatur, ejusque tractationem susceperit expressa opera Georgius de Wentzky in tr. *von dem Schlesischen Ritter-Recht und Ehren-Gerichte*, qui prodiit *Lipsiae* 1615. *in* 4*to.* reliqua privilegia vassallis ex ratione juris communis adscribi solita non adducimus, cum de illis Enenckelius in *tr. de privilegiis*, aliique dd. et feudistae jam satis egerint; forte etiam nostris non adeo quadrarent, qui in plurimis magis ut subditi quam ut vassalli in specie sic dicti se habent.

§. 9. Haec ergo de proposito nostro themate, quantum nobis pro viribus visum fuit satis dicta sunto. Tuum nunc est benevole lector hunc qualemcumque laborem placido submitterre examini, et quae adhuc dicenda restarent supplere, aut quae minus recte dicta videbuntur; pro ea, qua juveniles errores, immo et typographicos emendare decet, facilitate corrigere. Nobiscum autem omnium bonorum fonti, Deo optimo maximo immortales decerne gratias, ex cujus infinita clementia quicquid hic est, perficere, reliquumque vitae academicae spatium ex voto peragere licuit. Veneremur simul supplices supremum hunc rerum statorem, velit optimum patriae patrem, augustissimum *Leopoldum*, tum universae Germaniae, tum suae etiam Silesiae superstitem diu adhuc praestare, ejusque annos ex nostris augere, quo ejus consilio et industria imperii germanici res, jam heu! valde perturbatae, feliciter componi et adhuc bene stare possint. Tu vero lectissima patria vigeas, floreas, et inaestimabili pacis cimelio, quo hactenus sub alis augustae domus austriacae semper gavisa es, porro ex benignitate summi Numinis fruaris nec abutaris.

FINIS.

DISPUTATIO OCTAVA

DE JURE SILESIORUM SAXONICO,

D. MARTII MDCCIV.

RESPONDENTE

JOHANN DAVID KRETSCHMER, URATISL. SILES.

PRAEFATIO.

Non opus esse reor, lector benevole, multis ut exponam rationibus, cur clarissimae patriae jura pro scopo mihi proposuerim, dum specimen aliquod studiorum in academiis hactenus per Dei gratiam feliciter finitorum erat exhibendum. Scilicet: in peregrinis semper versari nec unquam in ea inquirere, quae domi obtinent, non magis negligentem quam potius ingratum erga natale solum prodit animum, hocque turpe judicarunt omni tempore boni omnes. Quapropter facili negotio me, si non eximiam laudem, excusationem tamen apud te impetraturum esse credidi, si per hanc qualemcumque rerum patriae disquisitionem id agerem, quod aliis offici mei ratio maxime vero amor patriae debitus requirebat. Non equidem diffiteor, per leviores hasce pagellas haud quaquam desiderio tuo satisfactum iri, dum multa forte leges, quae magis solide, magis elaborate poni potuissent, interim tamen cum tibi haud incognitum quoque sit, quam multis obscuritatibus historia Silesiae, quoad antiquiora inprimis tempora, adhuc sit obtenebrata, eo facilius defectus occurrentes benevolentia tua supplebis, quo certius est, juvenilibus annis nil fere, praeter solos conatus relictum esse, ea enim, quae omnibus numeris absoluta sunt, ab hac aetate sibi promittere, frustraneum est, omnisque de tali negotio spes nostra eluditur. Saxonica potissimum attigi jura, utpote quae ab antiquis temporibus Silesiae nostrae si non penitus propria, tamen non inusitata, multo minus incognita fuerunt, indeque factum est, ut neque de vetustis Polonorum ex slavico jure derivandis consuetudinibus, neque etiam recentioribus eorumdem moribus multa dixerim, etsi negari nequeat, prioribus olim et Silesiam non penitus caruisse, ex posterioribus vero in nonnullis illius ducatibus in hunc usque diem vestigia quaedam superesse, haec enim omnia ab instituto maxime aliena videbantur; quae igitur de originibus saxonicarum legum in Silesia dixi, libenter tuo judicio committo, quousque vera dixerim, probabiles omnino, raro probatas, ne dicam demonstratas veritates hic admittendas esse, ne ipse diffitebis, ubi certum est, tot bellorum aliorumque funestorum eventuum, quibus charissima patria olim exposita fuit, injuria factum esse, ut antiquiora monumenta maximam partem interciderint, a quibus tamen omne subsidium in hoc negotio expectari debebat; de ipso vero valore et auctoritate dictarum legum generaliora saltim delibavi, neque etiam animus fuit, omnes per omnem Silesiam ducatus percurrere, horumque ordinationes provinciales et statuta ita examinare, ut, ubinam cum jure saxonico conveniant, aut eidem derogent, prolixius monstrarem, haec enim res si non infiniti, tamen majoris laboris fuisset, quam cui sustinendo me parem agnosco, et justum potius volumen postulasset, quam paucas quasdam plagulas, quibus regulariter limites dissertationum terminari solent. Sufficere igitur videbatur, illius auctoritatem tamquam juris communis in Silesia probasse, cum ex hoc unico fundamento omnes reliquae conclusiones sua sponte fluant, quarum nonnullas etiam suo loco dedimus; an vero ea omnia etiam, quae in hanc rem a me dicta sunt, praxi ipsi respondeant, experientia fori adhuc destitutus neque negabo, neque etiam audacter asseram, ad minimum me meo officio non defuisse credo, si id statuero, quod naturae ipsius rei et regulis justitiae, aequitatisque convenientius videbatur. Vale studiisque meis porro fave.

CAPUT I.

De jure saxonico in genere.

SUMMARIA

Ingressus. §. 1.
De ll. sax. ante Caroli m. tempora. §. 2.
Sub Carolo m. §. 3.
Sub stirpe carolingica ad sec. usque XIV. §. 4.
De jure magdeburgensi Weichbildico. §. 5.
Coincidit in plurimis cum jur. prov. Non est auctoritate publica conscriptum. §. 6.
De scabinatibus. Illorum origo. §. 7.
In Saxonia. §. 8.

§. 1. Quod alias in conscribendis dissertationibus hactenus observari consuevit, ut, antequam plenior ipsius rei tractatio suscipiatur, de ejus titulo et nomine nonnulla praemittantur, quo clarius lectori de intentione et proposito scribentis constet, illud et nos, mutato tamen paululum modo, praesens circa negotium praestabimus, dum scilicet ex ipsa juris saxonici historia quantum ad scopum nostrum breviter jamjam praemittenda, non solum manifestum reddemus, qualenam sub saxonico jus intelligi velimus, sed et adhaec praecipue attendemus, quae hic observasse usui nobis esse poterunt infra, ubi de Silesia data opera agemus. Eo libentius vero ipsam historiam aggredimur, quo magis certum est, absque hac, tamquam verissimo temporum teste, prout in quavis alia scientiarum parte, ita inprimis in eruenda origine et assignando valore legum, intuitu hujus vel illius provinciae, nil solidi, nil certi asseverari posse. Quapropter ut eo distinctius incunabula saxonicorum jurium in Silesia monstrare, et ex illorum fortuna varia progressus simul et incrementa eorumdem in Silesia eruere possemus, non abs re fore credidi, imo necessarium duxi, de illis generatim quaedam nunc dicere, ea vero, quae ad Silesiam nostram pertinent, justo ordine et quanta fieri poterit perspicuitate subnectere; hac enim ratione omni alia terminorum explicatione facile carere poterimus, majori forte cum fructu ex ipsa historia ea petituri, quae a nuda quadam et grammaticali verborum evolutione sperare non licebat.

§. 2. Saxonica igitur jura dum ab ipsa Saxonum gente derivamus, videndum ante omnia erit, quibus legibus antiquis temporibus populus hic usus fuerit. Et sane quemadmodum totam Saxoniam et jure et origine germanicam fuisse constat, vid. illustr. dn. Coccej. *jur. pub.. c.* 3. *sect.* 3. §. 28. ita hujus regionis habitatores haud alio etiam quam reliquorum germanorum aestimabimus jure, h. e. quod olim legibus scriptis destituti, ex moribus et consuetudinibus longo tempore vixerint, adeo ut notissimum illud Taciti de Germanis effatum et de Saxonibus accipiendum sit, quod sc. *inter eos plus valuerint boni mores quam alibi bonae leges*. Testantur omnino de his antiquis moribus passim historicorum monumenta, et ipsum speculum saxonicum quasdam subinde recenset consuetudines, quae en semper inter bonos mores referendae fuerint, etsi dubitemus, non ita exacte tamen decidimus, cum difficile admodum sit determinare, quae requisita adesse debeant, ut hi vel illi mores, quos vocant, irrationabiles dici queant, cum pro diverso rerumpublicarum statu, et diverso qui intenditur fine, una eademque vivendi ratio non tamen eamdem recipiat denominationem, adeo ut hujus vel alterius reipublicae intuitu sive consuetudo sive lex scripta dura admodum esse possit, cui alius populus summa cum aequitate, maximo cum reipublicae commodo pareat; absit tamen, ut hoc ipso admittamus ea, quae manifesto aut juri divino aut regulis a natura nobis praescriptis contrariantur, pro aequis et bonis moribus habenda esse, hujusmodi enim consuetudines, si quas inter saxonicas etiam reperire datur, a reliquis merito et separamus et excipimus. Memoratos autem inter mores omnino referas judicium aquae, sive ut germanice illud appellabant *das Wasser-Urtheil*, cujus judicii cum meminit *speculum saxonicum art.* 21. *lib.* 3. tum et *jus feudale sax. cap.* 40. illud explicat, et notanter admodum glossa ad art. cit. speculi addit, quosdam hujus judicii originem ab antiquis Saxonum moribus derivar·, ibi: *Es sey vor Altes der Sachsen Gewohnheit gewesen*. Neque hic negligi debet famosum illud jus duellicum, vi cujus alteruter litigantium, si causae suae justitiam haud aliter probare poterat, aut sententiam adversus se latam quomodocumque impugnare volebat, alterum ad duellum provocabat: *Er honte ihn auff den Kampff grüssen*, ubi postmodum is, qui in pugna succumbebat, simul jure suo cadebat, vid. prolixe *integr. art.* 63. *lib.* 1. *spec. sax.* ibique Glossam, quae has ipsas pugnas maxime moribus Saxonum domesticis propriisque adscribit, conf. Goldastus Tom. I. *constit. imp. fol.* 314. Saepius equidem principes hanc consuetudinem contrariis legibus abrogare conabantur, vid. Strauchii *amoen. jur. can. semestr.* 2. *eclog.* 9. *c.* 15. *p.* 86. Dn. Praeses *tr. de success. ab intest. diss.* 8. *c.* 8. §. 6. *p.* 824. solemne tamen adhuc exemplum seculo X. sese exerit, ubi ipse imperator Otto m. decisionem quaestionis, num fratrum filii simul cum patruo in avi haereditatem succedere deberent? per gladiatores dabat, qua de re vide notabilem locum a celeberrimo Conringio ex Witichindo, Corbejensi monacho, adductum *in tr. de origine jure germ. c.* 18. *pag.* 100. conf. omnino quoque Lehmannus *chr. spir. l.* 5. *c.* 4. *p. m.* 389. plura vero quoad hanc purgationem vulgarem in unum congesta, vide in eruditissima dissert. dn. Becmanni, *de judiciis Dei.* add. et Gonzalez Tellez *comment. ad decretal. tit. de purgat. vulgar. p.* 335. Non desunt etiam alia exempla, quae de moribus Saxonum antiquis nos certiores reddunt, quorsum spectat, quod sueviccas mulieres ab omni successione in terris Saxoniae excluserint *spec. sax. art.* 17. *lib.* 1. item, quod super quocumque facto extrajudiciali Saxoni licitum fuerit, juramento se ab omni culpa liberare, convincibili aliqua probatione non obstante, *vid. art.* 18. *l. c.* Verum his recensendis non diutius inhaerebimus, cum ad scriptas Saxonum leges nobis potius sit properandum.

§. 3. Si reliquos Germaniae antiquos incolas species, aliquot seculis citius apud illos, quam quidem Saxones scriptarum legum invaluisse usum, negari nequit; si enim Wisigothorum Ostro-Gothorum, Burgundionum, Francorum aliorumque jura secundum seriem temporum examinamus, satis apparebit, hos omnes si non uno eodemque tempore, tamen sec. post c. n. circiter V. et VI. scriptas habuisse leges, de qua re Conringius *tr. cit. cap.* 2. *ad* 7. *usque* prolixe videri potest. conf. et Fridericum Lindenbrogium *in codice ll. antiquar.* Saxones vero tempore demum Caroli m. h. e. sec. IX. scriptas primum accepere leges. Hic enim imperator ex Eginharti testimonio, *nationum quae sub ejus ditione erant, jura nondum scripta, literis mandari fecerat*. Saxonum vero jura hactenus scripta non fuisse, scriptores unanimi fere consensu inde colligunt, quod cum nec vestigium antea scriptarum legum apud ipsos occurrat, tum etiam ipsi Saxones peritia latinae linguae penitus adhuc fuerint destituti. Equidem meminit Gryphiander *in tr. de Weichbild. sax.* Saxones jam ante Carolum m. publicis in conventibus quotannis leges suas certis ritibus renovasse, et quod ex Meibomio *de Irmens. sax.* probat, etiam in ethnicismo sua jam habuisse judicia, quae postmodum a Carolo devicti cum Mallo comitis s. Missi commutaverint, conf. Spec. Sax. *art.* 64. *lib.* 3. interim tamen non aliam ex jamjam dictis hae leges haecque judicia interpretationem admittunt, quam quae consuetudinum morumque hactenus receptorum in conventu ejusmodi solemni confirmationem innuit; hocque eo magis, quo verius est, leges non ex scriptura aestimari, moresque diuturnos, qui his aequiparantur, nudo plurium consensu confirmari posse. Scriptas igitur hasce leges num novas plane, num vero antiquas saltem consuetudines in scripturam tunc redactas a Carolo confirmatas acceperit gens saxonica, secundum varias temporum periodos clarius explicari potest. Notum omnino est, quantae molis fuerit Carolo, Saxones, immanem tunc temporis et saepissime rebellantem populum, suae subjicere potestati, adeo ut ultra 30. annos utrinque bella, si quae alia, maxime cruenta gesta fuerint, antequam laudatissimus imperator fine suo potiori poluerit. His igitur temporibus, si non plane nullas, paucissimas tamen adhuc promulgatas fuisse novas leges, vel exinde probabile est, quia haud utile videbatur, populum libertatis suae adeo amantem, nullique legum rigori hucusque subjectum, novis vivendi regulis adeo mature onerare, qui neque per funestas clades, neque per aliud quodcumque atrocius supplicium ad obsequium redigi poterat. Testatur sane Lindenbrogius *in chronico Caroli m. fol.* 132. Verdae anno 782. ultra 4500. Saxonum capitali supplicio ob saepius iteratam defectionem periisse; tantum vero aberat, ut a pristinis perversis moribus recederent, ut potius aliquoties adhuc Carolus cum ipsis pugnam inire cogeretur. Ipsos Saxones proprio motu leges desiderasse, per se a vero alienum est, quem enim dominum agnoscere nolebant, hunc multo minus legislatorem suum voluisse sana dictitat ratio, inprimis, *cum in tam barbaro populo haud fuerit illa civilitas, ut leges initio requirerent praeter eas, quae universo orbi satis erant*, prout loquitur Cranzius *sax. lib.* 2. *c.* 21. Enimvero ubi finitis bellis securior esse poterat de Saxonum fide Carolus, magis certum est, novas quoque leges eumdem promulgasse, imo et civiles pariter ac ecclesiasticas constitutiones in gratiam Saxonum re ipsa condidisse, testantur capitularia Carolina pro Saxonibus lata, quae cum aliis Caroli et subsequentium imperatorum placitis conjunctim collecta post Lindenbrogium cum egregiis notis debemus Stephano Baluzio. Neque deest ipsum Caroli testimonium de ardore et cura, quam circa ferendas leges, uti aliis populis, ita inprimis quoque Saxonibus, adhibuerit, quod videre est ex tabulis de sede et judicio aquisgranensi, quas, etsi Conringio *c.* 13. *p.* 54. *de o. j. g.* spuriae et supposititiae videantur, ob auctoritatem tamen Lindenbrogii et argumenta a Goldasto pro illis adducta forte non immerito defendit Conrad. Sincerus *in diss. epist. de germ. ll. orig. p. m.* 11. *et seqq.* Quicquid hujus rei sit, hoc sane indubium est, Carolum imperatorem aut volentem aut invitum moribus Saxonum etiam post suas propositas leges multum indulsisse, nullo alio certe scopo, quam ut eo majori cum constantia promissam hactenus, totiesque violatam fidem servarent; palam enim est, etiam contra Caroli consensum et voluntatem Saxones antiquas quasdam consuetudines subsequentibus temporibus retinuisse, id quod expresse asserit compilator Spec. Sax. *art.* 18. *lib.* 1. ibidemque in specie mores istos recenset, quorum jam §. 2. praeced. circa fin. mentionem injecimus. Legibus ipsis a Carolo datis hic recensendis merito supersedemus, quaeri tamen quoad haec tempora adhuc posset, num truculentissima olim Germaniae et inprimis Westphaliae judicia occulta Carolum nostrum auctorem agnoscant, nec ne? Exercuit sane haec quaestio viros celeberrimos, et ab utraque parte non defuerunt, qui vel affirmantem vel negantem adstruere conati sint sententiam; inter priores numerabis Cranzium *sax. lib.* 2. *c.* 21. Chytraeum *sax. lib.* 3. Paul. Aemilium *l.* 2. *et* 3. *hist. francor.* itidemque Dattium *in tr. de pace publ. lib.* 4. *c.* 12. posteriores vero inter referri merentur Conringius, vid. ejus *dissert. de judic. reip. germ.* §. 40. *p. m.* 250. itidemque Gryphiander *de w. s. c.* 54. *n.* 10. et Boeclerus *com. de reb. sec.* 9. *et* 10. Quorum equidem litem nostram nunc non facimus, forte tamen posteriorum sententia probabilior vel exinde erit, quod ab his summis viris inter alia multa et hoc abunde demonstratum sit, omnes probe Saxonum consuetudines, quarum origo non exacte adeo constabat, ex coeca quadam antiquitatis veneratione, aut quo major inde auctoritas illis adderetur, Carolo, vel quod ineptius adhuc, ipsi Constantino m. tamquam primis earumdem fundatoribus fuisse adscriptas: evolvi omnino merentur, quae quoad hanc controversiam eruditissime congessit Jctus summus, Ericus Mauritius *in dissert. de judicio Rothwilensi*, cui praeter multos alios jungi poterit Schottelius *in sing. germ. jur. cap. ult.* ubi speciatim agit de hoc Westphalorum judicio vemico.

§. 4. Sub stirpe carolingica quae circa finem sec. IX. cum Ludovico IV. exspirabat, variam saxonica jura sunt experta fortunam, sive hoc intestinis saepe ipsos inter consanguineos bellis, sive etiam aliis turbis, quibus tunc Germania premebatur, adscribamus, adeo ut si collectiones canonum ecclesiasticorum in conciliis quandoque scriptorum excipias, tuto dicendum sit, ll.

civilium, de quibus hic praecipue agimus, et quae Saxoniam inprimis respiciunt, aut scriptarum aut moribus saltem introductarum, exiguam admodum notitiam ad hos pervenisse. Inde si unicam forte Ottonis III. legem de successione nepotum, de qua §. 2. supra diximus, eximas, idem forte de sec. sub Ottonibus et Henricis X. et XI. asserendum erit. Industrius sane si quis alius hoc circa negotium fuit, laudatus jamjam Conringius, ast ubi prolixius in hanc rem inquisiverat, tandem expresse fatetur, a Carolingiorum temporibus ad seculum tertium decimum usque sententias non ex scripto, sed ex receptis moribus ex aequo et bono pronunciatas fuisse, vid. eumdem *de o. j. c.* 19. *p.* 100. *et c.* 23. *p.* 152. Atque adeo cum nimis incerta vestigia juris illius temporis nobis sint relicta, libenter admodum istius aevi periodum mittimus, ad sec. XII. et sequentia vel ideo properantes, quod circa haec tempora primum Saxonica jura majori cum cura conscribi coeperint; inde enim collectiones illae originem trahunt, quibus vel speculi saxonici vel weichbildi magdeburgensis nomina data sunt, quasque potissimum illa continere jura dicendum est, quae Silesia nostra et olim et in hunc diem usque tamquam communia agnovit. Quemadmodum vero ea non iterum hic repetere animus est, quae non solum a Crantzio, sed etiam aliis, puta Couringio, Gryphiandro, prolixe contra opinionem illam adducta fuerunt, quae Carolum m. tamquam auctorem et conditorem dicti juris provincialis volebat, ita potius nobis verissima videtur sententia dn. Strykii, qui *disc. prael. ad us. mod. ff.* §. 9. *p.* 6. ita hanc controversiam decidit: ut omnino admitti debeat, in spec. Sax. nonnulla reperiri, quae partim consuetudine, partim Caroli m. et subsequentium impp. auctoritate recepta fuerint; non tamen exinde concludendum sit, omnia quae ibi leguntur, a Carolo profecta esse. Neque vero quisquam a nobis desiderabit, ut annum et diem quibus hic labor primum aspexit lucem, adeo accurate determinemus; quem enim fugit, quantus inter scriptores circa hoc negotium sit dissensus. Conringius ad tempora Friderici II. respicit, dum 50. priores sec. XIII. annos assignat: celeberrimus vero Strauchius annum determinatum sc. 1230. posuit vid. *ejus diss. jur. publ.* 3. 6. alii aliter sentiunt; sufficiat nobis generaliter tempus aliquod definiisse, ponendo sc. sec. XII., illo enim tempore compilatorem Speculi, Ephonem nempe a Rebhaù vixisse, abunde a variis monstratum est; ante hunc vero nulla hujuscemodi compilatio aderat, prout ex ipsius proprio testimonio patet. conf. *proem. spec. sax.* unde et per hoc ipsum confirmatur id, quod brevi ante dicebamus, sc. ante sec. XIII. judicia saxonica scriptis destituta fuisse legibus, imo ipsum jus canonicum demum seculo XIII. in Germaniam transibat, cujus tamen auctoritatem insignem Saxones potissimum instigasse vult Cour. Sincerus, ut jura sua in justum quemdam ordinem redigi curaverint, ne sc. illius applausu indies crescente, propria et domestica jura quoddam inde detrimentum sentirent. conf. *ejus diss. epist. p.* 20.

§. 5. Sec. XIV. et quidem circa illius initium jus Magdeburgensium weichbildium, quatenus illud hodiernum possidemus, primum prodiisse, a scriptoribus supra nominatis prolixius est comprobatum, quos equidem hic exscribere animus non est. Non igitur obstabunt tabulae confirmationis ottonianae, quae huic collectioni praemissae leguntur, quasque Colerus in oratione *de orig. jur. sax.* tanti facit, ut ob antiquitatem mscti quod ipse apud Zobelium oculis suis viderit, ibidemque expressum Ottonis nomen et annum chr. 940. aevo hujus imperatoris convenientem, plenissimum robur illis adscribat; sola quippe temporis ratio hanc Ottonis confirmationem spuriam esse arguit; qui enim fieri potuisset, ut hic imperator jam sec. X. aliquid confirmaverit, quod sec. XIV. demum in publicum prodibat; hoc vero inprimis hic non negligendum erit, potissimum ex ipso jure provinciali Sax. hoc statuarium jus depromptum fuisse, ita tamen, ut aliae subinde consuetudines urbi magdeburgensi tunc usitatae simul fuerint adjectae; negari enim non potest, Magdeburgenses ante hanc compilationem statuta sua habuisse, etsi in paucissimis forte a reliquo jure communi divortium fecerint, ut adeo si quid ab Ottone unquam confirmatum fuit, illud potius de his ipsis statutis intelligendum sit. Ita vero nondum probatum erit, jus weichbildicum quod vulgo extat, tempora respicere ottoniana.

§. 6. De harmonia vero utriusque hujus juris, provincialis nimirum et weichbildici testatur ipse glossator, dum *ad art.* 1. *cit. Weichb.* fatetur, ea quae in speculo Sax. nimis prolixe dicta fuerint, ibi saltem brevius, et quae in illo nimis concise, hic plenius paululum exposita esse; unde etiam factum esse credo, ut hoc ipsum jus vel juris saxonici vel magdeburgici titulum promiscue gesserit, dum insuper in decidendis casus haud dubie hic ordo fuit observatus, ut si casus propositus ex jure weichbildico satis claram decisionem habere non potuerit, ejus interpretatio et dijudicatio plenaria ex jure provinciali fuerit petita; neque enim huic per magdeburgense in tantum derogabatur, ut ejus valor amplius esset nullus, qua de re conf. omnino *ipsum Weichb. art.* 1. *ibique Gloss.* Ex quo porro admodum probabile est, tunc temporis Magdeburgum non magis ideo inclarescere coepisse, quod quaedam singularia forte, aut aequiora reliquo jure provinciali statuta custodiret, quin potius, quod hujus ipsius juris interpretationes et responsa exteris quoque litigantibus ex scabinatu inter reliquos Saxoniae tunc celebriori suppeditata fuerint, quorsum haud dubie quoque respicit Jctus perquam celebris et praeclarus, Henelius dum *silesiogr. c.* 8. *p.* 101. inter alias rationes, cur Silesii a Magdeburgensibus sententias petierint, et hanc allegat, quod ille ipse Scabinatus, *custos saxonici juris* fuerit. Verus compilatii hujus weichbildici juris auctor nemini hactenus innotuit, parum quoque refert eumdem nosse, dummodo sciamus; hunc laborem neutiquam publica auctoritate confectum fuisse, ita ut ulla unquam specialis Caesarum confirmatio accesserit, nam de valore tabularum Ottonis jamjam diximus, alias vero similes hactenus videre datum non est; imo cum in nullum alium usum haec collectio fieret, quam ut Saxonum mores eo melius conservarentur, si vel iterata vice in scripturam redacti essent, ne opus quidem erat robore principali; cum haec ipsa conscriptio nihil aliud in se contineret, quam quod moribus Saxonum ipso actu quotidie comprobabatur. Quonam tempore glossatores cum speculi Sax. tum Weichbildi magdeb. vixerint, accurate adeo monstrari nequit, uterque tamen

labor non unus forte sufficiat auctorum, id quod imprimis probat Gryphius. *de Weichb. mag. c. 52. n. 4. seqq.* Specul Glossam ad finem seq. XIII. reliquos vero ad XIV. referri debere statuit d. Praeses *disc. prael. ut. mod. ff. p.* 18. §. 21. Conringius vero *de o. j. g. p.* 178. Glossae specul sec. XIV. imo *p.* 184. sec. XV. assignat, adeo ut sibi ipse hic contrarius esse videatur. Res ipsa sane incerta est, quoque his explicationibus nulla quoque principalis confirmatio superaddita fuerit, credibile est, nunquam etiam hasce glossas auctoritatem quandam in decidendis causis habere potuisse, nisi enim ipso textu aut plane coincidirent, aut ad minimum eundem in nullum contrarium sensum explicarint, imprimis cum tot ac tantae fabulae et errores crassissimi iis inserti fuerint, qui dudum ab aliis sunt notati, hic non denuo nobis recensebuntur.

§. 7. Restat, ut de scabinatibus, unde potissimum juris saxonici interpretationes dari solebant, pauca dicamus. Et quidem, ubi certissimum est, famam saxonicarum ill. tantum fuisse, ut praeter ipsam Saxoniam aliae quoque exterae provinciae easdem coluerint, conf. Goldast. *in praef. const. imp.* it. Limn. *jur. publ. III.* 12. 13. mirum videri non debet, ipsis scabinatus et judicia provocationum cum Magdeburgi tum Halae alibique in Saxonia celebria, tantum applausum apud exteros quoque populos sibi promeruisse, eo ipso enim dum semel placuerant jura saxonica, haud commodius quoque illorum interpretatio quam authentica aliunde accersi poterat, nisi ex illis locis, ubi propria eorumdem sedes erat. De origine horum judiciorum sollicitus Conringius putat, non multum ante sec. XIV. eadem instituta fuisse, quo sc. tempore et aliae Germaniae civitates aeque ac Magdeburgum juribus suis inclarescere coeperunt. Enimvero ut adeo indistincte huic opinioni subscribamus, dubitare nos facit sententia consulis hujus civitatis meritissimi d. Ockelii, qui in *tr. de palatio regio s. scabinatu hallensi* statuit, nitida scabinatus hallensis ab ipsa civitatis origine, adeoque a sec. X. repetenda esse, (Otto enim Illus, nisi fallor, primus Halae civitatis formam indulit) ubi simul in fine operis catalogum scabinorum hallensium legas, qui tamen ab an. 1260. adeoque a sec. XIII. demum incipit. *vid. ut. cit. p.* 141. *et seqq.* Scilicet hoc minime negari potest, et nomen et officium scabinorum antiquissimum esse; hujus enim rei testimonium non solum ex ipsius Caroli m. et Ludovici pii legibus, in quibus saepissime de scabinis legas, prohiberi potest, sed diu jam ante haec tempora, quatenus certae quaedam ex populo selectae personae in judiciis principi (uti Tacitus eumdem appellat.) s. Gravioribus consiliis suis assistebant, ex ipsa scabinorum officio fingebantur. Id quod in specie de Saxonia probat ipse Couring. *dissert. de urb. germ. §. 51. p.* 94. Sed quemadmodum antiquis illis temporibus, cum Germania nullis adhuc civitatibus esset conspicua, tantum in pagis s. Gaois, uti appellabantur, haec judicia florebant, ita postmodum, ubi vel novae plane civitates vel saltem ex ipsis pagis tales conderentur, haec ipsa simul judicia tunc oppidana facta, eo magis reliquis pagensibus praestare incipiebant, quo evidentius splendor separatarum hujusmodi rerumpublicarum indies auctus, insignem eminentiam ac praerogativam praeliquis pagis sibi vindicabat. Non obstante igitur, quod in urisque judiciis simili ratione justitia administraretur, decrescebat tamen posteriorum auctoritas in tantum, ut utriusque eorum fama valde minueretur, etsi ipsa judicia non penitus cessarent, dum vero simul in ipsis civitatibus comitis mallum a reliquo magistratus oppidani judicio in tantum separatum esset, ut et illud criminalis aeque ac civilis jurisdictio plenius gerlincret, coram hoc vero tantum earum rerum quae ad politiam spectabant ratio haberetur; vid. omnino dn. Ockel *tr. cit. p.* 37. (donec tandem ipsis civitatibus vel longo tempore usurpata, vel etiam ab ipso rege concessa jurisdictio accederet) facilius jam patet, qui factum sit, ut ista judicia, quae re ipsa nihil aliud quam scabinatus erant, etsi forte nondum ita dicerentur, adeo inclarescere coeperint. Extra casum enim quando comes cum scabinis bannum regium exercebat, adjudicans causas criminales in publico judicii loco, in civilibus quoque negotiis et consilia et sententiae decisoriae ab iisdem scabinis tamquam sagibaronibus expectari poterant; conf. hic quoque Brunnem. *de scab. c.* 5. §. 10. cumque recentioribus temporibus ad sec. usque XIV. nullae adhuc academiae in Germania reperirentur, et omnis fere pro ratione illius temporis eruditio in monasteria sese abscondisset, unice recursus in casibus dubiis undiquaque ad haec judicia patebat, utpote quibus viri etsi nondum juris doctores, tamen sufficienter periti, cum applausu praeerant.

§. 8. Quodsi jam haetenus dicta ad Saxoniam nostram applicamus, nullum sane est dubium, quin cum ipsis simul urbibus scabinatus quoque, ut eos jamjam descripsimus, celebriores fieri incoeperint, majorem adhuc auctoritatem nacti, postquam ipsi saxonica jura ab extraneis reciperentur. Quemadmodum autem olim ob oppidana judicia paganica evilescebant, ita cum recentiori aevo summorum imperantium voluntate ex multis civitatibus una alterave seligeretur, cujus de jure respondendi, causasque consulentium decidendi potestas solemnioribus privilegiis corroborabatur, non poterat non etiam auctoritas judiciorum in privilegiatis hujusmodi civitatibus adeo crescere, ut illis ipsis titulus scabinatuum quadam cum excellentia postmodum datus fuerit, atque adeo eadem ratione quin in saxonicis terris olim Magdeburgum imprimis atque Hala ex beneplacito summorum imperatorum talem praerogativam prae aliis urbibus acceperint, eo minus nunc dubitabimus, quo clarius e dn. Ockelii *tr. cit. thes.* 150. *p.* 144. contra Conringium probatum est, ista judicia non *arbitrario duntaxat populorum consilio absque ulla Caesarum auctoritate instituta fuisse*, prout hic quidem in dissert. *de jud. reip. germ. ik.* 10. asseruerat. Hoc sane certum est, scabinatum hallensem magdeburgensi juniorem esse, licet pari jure et potestate cum magdeburgico gavisus sit, testatur hoc ipsum *Weichbild. art.* 10. *ibique Glossa. n.* 7. in ordine tamen judiciorum semper inferior fuit; conf. iterum *Weichb. d. l. n.* 8. *et art.* 2. *ibique Glass.* ubi aucior expresse scabinatum hallensem vocat inferiorem; *der Dingstuhl zu Halle ist niederer.* Praeter hos scabinatus vero non inclebre quoque olim fuisse in Saxonia judicium Quense, testantur provocationes e Silesia ad illum directae. Meminit hujus rei Henelius *Siles. c.* 8. *p.* 101. clarius

autem hujus Scabinatus fit mentio *in privilegio Hertzog Sigismundi über das Fürstenthums Glogau Manngerichte. Ibi: Was also von den von Dhone, oder Magdeburg* et paulo post. *an obgenannte von Dhone von Magdeburg etc.* vid. Weingarten *fasc. div. jur. part.* 2. p. 84. Urbs ipsa donensis expropter non incelebre quondam Misniae fuit oppidum, quod tamen sec. XV. et nisi fallor 1403. ruinam vidit, unde et scabinatus simul cum illo concidit. Magdeburgenses e contrario Hallensesque famam judiciorum suorum aemulo quodam, successu diu adhuc post haec tempora conservarant, donec tandem fatali Germaniae nostrae bello ingruente Magdeburgum a Carolo V. imperatore proscripta, sui quoque judicii florentem statum cum omni dignitate sua amitteret, unde Hallensium responsis sui scabinatus auctoritatem in hunc usque diem eo melius conservare potuit, quo difficilius erat, ut Magdeburgum semel fama sua orbata, in pristinum quoad membratum judicium sese vindicaret statum.

CAPUT II.

De origine et progressu juris saxonici in Silesia.

SUMMARIA.

Silesii cum reliquis Germanis olim suis moribus vixere. Sunt indigenae. §. 1.
Conjecturae de his Silesiorum moribus. §. 2.
Silesii utuntur jure polonico, non tamen neglectis propriis moribus. §. 3.
Jura saxonica pedetentim in Silesia invaluerunt. Initio saltem innotuerunt. §. 4.
Polonis inprimis parum adhuc usitata. Bene tamen Silesiis. §. 5.
Sec. XIII. solemniter introducta. Occasio introductionis. Ex commercio cum Germanis. §. 6.
De introductione in ducat. Wratisl. § 7.
In reliquis ducatibus. §. 8.
Poloni utuntur jure saxonico. §. 9.
Jus polonicum in Silesia abrogatum. Per Henricum VI. §. 10.
Jura polonica antiqua non adeo cognita sunt. §. 11.
De appellationibus. §. 12.
Jus electorale saxonicum ad Silesiam non pertinet. §. 13.

§. 1. Vidimus hoc usque, quantum instituti ratio permisit, juris saxonici in ipsa Saxonia fata, tempus jam monet, ut ad Silesiam, de qua praecipue hic nobis agendum est, nos convertamus, et quantum fieri poterit, justo ordine hujus juris incunabula et incrementa ibi investigemus. Commodissime vero hoc forte praestabimus, si ad diversum reipublicae silesiacae statum simul respexerimus; nil enim magis verum est, quam quod vicissitudines legum ab ipsa regionum fortuna dependeant. Ubi igitur ad antiquiora Silesiae tempora paululum recurrimus, quoad jura isto aevo usitata idem nobis omnino asserendum erit, quod supra §. 2. de Saxonibus diceb[a]mus: ex moribus sc. et sola vivendi consuetudine eadem aestimanda esse. Non urgebo, Silesios olim libertatis suae defensores tenacissimos, ob continua quibus detinebantur bella, haud unquam literas excoluisse; sufficiat taciti de Germanis effatum, quod *apud illos viri pariter ac foeminae literarum secreta ignoraverint. vid. c.* 13. *de mor. germ.* Res ipsa certo indubia est, incongrue tamen ad Germanorum mores forte provocamus, cum his olim cum Silesiorum gente, a qua descendimus, ex plurimorum sententia nihil commune fuerit. Silesiorum inquam, quod nomen si a praesenti aetate calculum retroducamus, ultra quingentos et quadraginta circiter annos aetatem non feret, id quod Henelius *Siles. c.* 1. *p.* 3. non solum asserit, sed et Cromerus *hist. pol. lib.* 6. magis determinate affirmat, allegans an. Chr. 1163. circa quem Silesiae nomen ortum fuerit; quodsi enim vel de antiquissimo Elysiorum populo ex Asia minore in terras Silesiae migrante, vel etiam de Suevis, Lygiis etc. tamquam antiquis patriae incolis sermo sit, facilius consentient plurimi, populos hosce Germanos fuisse, terrasque dictas inhabitasse, sed hos omnes ex sedibus suis aut sponte migrantes, aut ab aliis pulsos adventantibus Slavis, Sarmatis, neutiquam Germania oriundis, easdem occupandas reliquisse, fere non omnes quoque fatebuntur, ut adeo, sive Curaei et Schickfusii, sive etiam Henelii et Schilfordegheri aliorumque opinionem sequaris, dum illi ipsi inter se valde dissentiunt, si non plane incerta, obscura tamen et longe alia quam germanica Silesiorum origo concedenda sit. Enimvero suo jam tempore Tacitus in originem omnium indistincte Germanorum inquirens, illos indigenas credebat. Imo nec frustra aut minus vere haec ab ipso dicta fuisse, inter alios non solum optime probavit recentioribus temporibus Henricus Bebelius, cujus hac de re meditationes vide apud Goldastum *in polit. imper. part.* 10. *p.* 582. sed celeberrimus quoque Strauchius in peculiari ad Taciti Germaniam dissertatione idem agens, Teutonicae nationis gloriam quam felicissime vindicavit. Ast quid de Silesiis sentiemus, idemne forte et his asserere licebit? certe si nondum probatum sit, eos fuisse Germanos; inutilis erit quaestio, num indigenae fuerint. Sed non est, cur diutius priscis adhaereamus opinionibus, postquam vir orbi literato per eruditissima scripta dudum notissimus, clarissimus Hanckius, non solum in opere de *Silesiorum majoribus* manifeste satis probatum dedit, originem Silesiorum vere germanicam esse, sed et in alio scripto forte jam sub prelo sudante, brevi quod optandum eos tamquam Germanos indigenas publice sistet, ut adeo verius jamjam inferre liceat: Silesios Germanos, variis olim sub nominibus inclarescentes, Slavorum licet subsequentibus temporibus populo associatos, imo pressos, saepisque victos, nunquam tamen penitus oppressos, aut ita de sedibus suis exterminatos fuisse, ut hic Germanorum populus antiquissimus omnem inde viderit interitum. Actum omnino ageremus, si plura quae a celeberrimo auctore in opere priori nominato diductius tradita sunt, huc transcribere vellemus, inde potius b. l. hujus rei cupidum eo ablegamus. Sed uti haec incidenter saltem monuimus, ita clare simul exinde patet, Silesios ad reliquorum Germanorum adeoque et Saxonum extra-

plum suas vivendi regulas ex moribus et consuetudinum observantia custodivisse, illisque obtemperasse, ex aequo et bono dijudicasse, sc. secundum praecepta justitiae quae ab ipsa natura ipsis indita erant.

§. 2. Caeterum ut exempla quaedam harum consuetudinum hic allegemus, non est, ut quis desideret, cum ex antiquis adeo temporibus hujus generis speciatim apud scriptores annotata non reperiamus. Meminit equidem supra jam laudatus Schilterus *diss. for. ad Ant. Fabr. t.* 1. *tr.* 30. *qu.* 1. *p.* 254. olim apud Polonos perversum hunc morem obtinuisse, ut nobilibus iter facientibus circum et rusticorum praedia ad luxuriam propitios praeterierint diversoria, quarum et Hartknochius de *republ. pol.* sine dubio respicit, dum *l.* 2. *c.* 2. *p. edit. p.* 382. inter alias a Casimiro latas leges et hanc recenset: ne nobiles in agrestium bona grassarentur, neque obscure Schilterus eumdem morem Silesiis quoque attribuit, dum statim ex mente sua haec verba subjungit: *Polonis, cum quibus Silesii nostri communem ducunt originem.* Ast si vel maxime etiam haec consuetudo Silesios inter valuerit, licet hoc ex solo Silesiorum cum Polonis commercio nondum probaveris, recentior tamen longe est, quam ut ad antiquius illud aevum trahi queat, ubi Silesii longissimo tempore terras suas jam inhabitaverant, nec quisquam adhuc Slavorum populum intra Silesiae limites viderat. Referri huc quoque posset, quod Bohuslaus Balbinus rerum Bohem. *lib.* 2. *c.* 7. de Silesiis, quatenus gentiles adhuc erant, parral. illos relicto sub Mieczislao Polon. rege, Idolorum cultu, cum caeteris aliis perversis moribus et illum abominasse, vi cujus plures sibi una jungere uxores impune licebat; attamen licet non diffiteamur, Silesios quatenus Ethnicos haud dubie depravatis moribus multum indulsisse, non adeo facilimum tamen hanc Balbini assertionem de Silesiis tanquam Germanis admittemus, cum pro his in contrarium potius taciti militet sententia, qua castitatem et severam in impuras libidines animadversionem, Germanis quam saepissime vindicat. Quamquam vero non adeo notum sit, quinam Silesiis olim proprii fuerint mores, hoc tamen hic praecipue observasse juvabit, has ipsas Silesiorum teutonicas consuetudines, qualescunque etiam illae fuerint, neutiquam ideo interisse, quod Slavorum populus magna saepe cum injuria Silesios praesens, ea immutari fecerit, in illis enim ut pio omni sua libertate defendendis, adeo sobrios et strenuos sese praebuere majores nostri, ut illis brevissimo forsitan tempore, dum hostium multitudo fortem alioquin gentem quandoque subigebat, nunquam tamen penitus quod omnem interitum illis derogatum fuerit.

§. 3. Solitos hoc lubentissime concedimus, Silesios Polonis junctos in unum reipublicae corpus redactos fuisse, quod et Henelius Siles. *cap.* 7. *p.* 82. fatetur, etsi non adeo improbabilis quoque sit sententia Hartknochii, qua *tr.* cit *lib.* 1. *c.* 3. §. 2. *p.* 114. *et* 117. variis argumentis probat, non omnem penitus Silesiam sub ditione Polonorum fuisse, motos praecipue testimonio Vincentii Kadlubkii, antiquissimorum Polon. scriptoris, qui Boleslaum Chrobri Silesiam sibi acquisivisse asseverat; ast, sive voluntarie et sponte sua, sive etiam coacte Silesios cum Polonis societatem iniisse statuamus, neutiquam tamen illos adeo libertate sua exuisse dixeris, ut neque quoad patrium solum, neque mores avitos a reliquis slavicis populis haud amplius discerni potuerint. Esto enim, Silesios Polonis subjectos fuisse, esto, et illos unum idemque Polonorum nomen saepius gessisse, esto denique, ipsas Silesiae terras a Polonis copiose inhabitatas fuisse; eo ipso tamen semper nobis concederetur, Silesios Germanos adhuc superfuisse, etsi peregrinum nomen acceperint, neque etiam exinde probatum erit, consuetudines Silesiorum teutonicas plane exolevisse, cum haud quaquam contradictionem involvat, illos suo jure etsi nondum sub suis ductibus vixisse. Accedit et hoc, quod non solum sec. XI. an. sc. 1015. cum Richa, s. Richsa, filia Ottonis III. Romanorum imperatoris, quae nubebat Miecislao II. Polon. regi, magnus germanorum numerus in Silesiam venerit, qui haud dubie, postquam fixam ibi sedem acceperant, mores germanicos indies stabiliebant, vid. omnino Balbinus. *Misc. rer. Bohem. lib.* 3. *c.* 6. §. 5. *p.* 53. sed et longe antea sec. sc. IX. cum Carolus m. Poloniam pariter ac Silesiam sibi tributarias efficeret, conf. cl. dn. Hanckius tr. de Sil. Nom. *c.* 6. §. 12. *p.* 48. Iidem Germani Silesiam intraverint, qui cum reliquis Silesiis Germanis proprios mores amantes Polonorum duces tanquam dominos suos quidem venerabantur, ita tamen ut hi ipsi imperio germanico subjacentes potestatem in hos valde limitatam et restrictam exercerent; ista enim controversia num Poloni Silesiam jure absoluto et a nemine dependente, num vero salvis imperii rationibus tenuerint a viris celeberrimis dudum ita clare decisa est, ut posterius verissimum esse nemo amplius dubitare queat. Vid. omnino Conringius *integr. ca.* 18. *tr. de fin. imp. germ.* ubi hoc argumentum data opera multis prosequitur. it. Goldastus de rega. Bohem. *lib.* 1. *c.* 14. conf. et ill. dn. Cocceius *jur. publ. c.* 3. *sect.* 4. *p.* 67. Dn. Schurtzfleischius *in lineamentis Sarmat.* §. 3. ex ipsis scriptoribus polonicis huc referas Cromerum *lib.* 3. *de o. et r. g. pol. p.* 38. adde Hartknochium *lib.* 1. *c.* 2. *de reb. pol.* itemque Curaeum *annal. Sil. p.* 39. Enimvero non negamus quoque, majores nostros, quatenus in una cum Polonis republica vixere, jure polonico usos fuisse, multis enim exemplis hoc ipsum a Schilterdegherо tr. supr. cit. abunde probatum est, adeo ut nec moribus maxime modernis omnem ejus usum in nonnullis ducatibus evanuisse, ipsa praxis quotidiana testis sit omni exceptione major, interim tamen, ingens licet nominati juris auctoritas olim inprimis et apud Silesios esset, neutiquam tamen per hactenus dicta illa ipsa obstitit, quo minus pristinis illorum domesticis moribus, cum Germanis adventantibus Saxonum simul jura germanica parvis primum initiis, majoribus postmodum incrementis, et fere cum plene morum polonicorum interitu successerint.

§. 4. Dum igitur jam nobis monstrande est prima saxonicarum legum in terris nostris origo, distinguenda omnino sunt tempora, quibus innolescere saltem, aut sensim in judiciis recipi coeperunt, et quibus postmodum introductio earundem publica auctoritate et privilegiorum robore solemniter fuit stabilita: Scilicet quem modum extra omne dubium est positum, leges saxonicas, quae vel ab antiquissimis temporibus ex moribus oriundae, postmodum sub Carolo m. ejusque stirpe variis modis mutatae, et novis ad sec. XII. usque additamentis ab imperatoribus auctae fuerant,

diu jam in variis hinc inde provinciis invaluisse, antequam compilationes spec. sax. et Weichb. magdeburgici in publicum prodirent, ita dubio caret, et in Poloniam aeque ac in Silesiam illas quoque transtisse, antequam conscriptiones istae ibidem innotescerent. Habemus hujus rei testimonium apud Schickfusium *chr. lib.* 1. *c.* 19. ubi ad annum 1158. commemorat Romanorum imperatorem Fridericum I. Boleslao, qui tunc temporis ejecto fratre Vladislao regno Poloniae praerat, inter alias duriores conditiones, quibus impletis cum dicto fratre in gratiam redire debebat, et hanc praescripsisse, ut damnum fratri illatum ex jure magdeburgico aestimari deberet. Ibi: *Er soll mit im Erkaentniss leiden am Magdeburgischen Rechten.* Illo vero tempore cum spec. sax. tum etiam Weichbild. Magdeb. nondum prodiisse, constat ex iis quae supra *cap. praeced.* §. 4. *circa finem* diximus. Sed an praeter nudam aliquam eorum notitiam, usum quoque in ipsis judiciis eas invenisse dicendum sit, non immerito dubitamus, nisi forte de Silesiis asseruerit, illos juris patrii germanici strenuos custodes, teutonicos quoque jam illo tempore habuisse judices, qui in pronunciando simul ad jura sax. respexerint. Interim cum injuria temporis factum sit, ut ad sec. XII. usque omnes fere antiquiores constitutiones, privilegia et similia perierint (hoc enim grave damnum tot bellorum tumultus, tot devastationes intulere), magis temere quam vere quicquam quoad hanc rem determinare licet.

§. 5. Apud Polonos certe, quatenus hos a reliqua Silesiorum germanica gente distinguimus, usum sax. II. si non plane nullum, tamen maxime incertum adhuc fuisse, certissimum credimus, neque ex unico jam commemorato exemplo tuto contrarium asserere licebit; hic enim casus plane singularis et extraordinarius erat, ubi imperator fere pro imperio agebat, et poenae loco duras admodum conditiones praescribebat a Boleslao adimplendas, adeo ut crederes, studio Fridericum hos litigantes principes ad fora magdeburgica ablegasse, ut sc. eo major imperialis in Poloniam alias tributariam potestatis splendor emineret, si Polonorum principes ad Germanorum fora vel invitos traheret, efficeretque, ut obortas lites ex jure hactenus peregrino tamquam alieno imperio subjecti decidi paterentur. Quod enim Cromerus *de orig. et r. g. pol. lib.* 6. *p.* 103. (ex quo Schickfusius hoc exemplum deprompsit) asserit, ad arbitrium Bohoemorum et Polonorum Magdeburgi habitam fuisse rationem, id si vel maxime ita factum fuisset, tamen non excludit imperatorem, ex cujus beneplacito id arbitrio Polonorum relictum erat. Imo ut taceam ab hoc principum singulari exemplo ad causas privatorum haud argumentum fluct posse, illud inprimis huc facit, quod sub Boleslao Pudico, qui urbem Cracoviensem jure sax. s. Magdeb. stabilierat, adeoque sec. demum XIII. jus saxonicum in Polonia invalescere coeperit, prout hoc ex Cromero probat Hartknoch. *ir. cit. lib.* 2. *c.* 2. *p.* 390. contra Conringium, qui ad Leskonis Nigri tempora ejus ibi initia retulerat. Caeterum quin ipso sec. XII. adhuc in ipsa Silesia jura saxonica indies majora incrementa acceperint, non est quod dubitemus. Sane si tabulas fundationis monasterii leubensis a Boleslao duce Silesiae anno 1178. datae introspicimus, quarum partem aliquam Schifordegherus *tr. cit.* §. 3. *pag.* 366. exhibet, invenimus ibi nomen judicum teutonicorum, qui quidem cum Polonorum judicibus nihil commune habuerunt, utrorumque enim ibi separatim fit mentio. Quemadmodum vero indubium est, sub jure teutonico quoties in antiquioribus Silesiae et Poloniae monumentis illius nomen fit, haud aliud quam saxonicum intelligendum esse, conf. Hartknoch. *de rep. pol. l.* 2. *c.* 2. §. 3. ita judices quoque teutonicos secundum idem Saxonum jus causas litigantium dijudicasse, per bonam consequentiam negari non poterit; ut adeo verum sit usum jur. sax. tunc temporis in Silesia non infrequentem, tamen omni illa auctoritate adhuc destitutum fuisse, quam sequenti seculo plenissime consequebatur; et maxime huc faciunt verba Schifordegheri, dum *l. c. qu. v.* ita de his judiciis teutonicis judicat, ut ex hujus tituli primodio posterior eventus non sit formandus, utpote jure saxonico nondum solemniter introducto.

§. 6. Hactenus omnis fere ex mera consuetudine quoad mores saxonicos in Silesia obtinuerant, ita tamen ut polonicarum II. et observantia et auctoritas pro diverso reipublicae statu, quandoque magna quandoque etiam satis exigua esset, quod ultimum tunc inprimis arcidebat, cum Silesii ducibus juribusque suis magis magisque inclarescentes, polonicos mores ma jamam partem abrogatos uti optabant, ita re ipsa quoque cernebant. Jam vero ubi origo II. saxon. quoad solemnem introductionem per principes susceptam indigitanda est, illam, quod ex fide historicorum hactenus constitit, a sec. XIII. derivabimus, quo sc. tempore ipsa Saxonia propria sua jura in unum congesta et coordinata accipiebat, prout supra *c. 1. §. 6.* dictum. Nimirum exsecrebat sese isto aevo non infelici successu exoptata occasio, per quam Silesii jugum polonicum iterum excutere incipiebant, sub quo si non ordinarie, tamen non raro hactenus vixerant; dum sc. finito inter Vladislai posteros cum patruis bello, et accepto anno 1169. propriis ducibus, vel ut patriam aliquando a peregrinis advenis liberarent, vel etiam eorumdem invidiam et turbas inde saepius abortas fortiter superarent, ea libentius adventantes Germanos eumque his eorum jura recipiebant, quo magis non tantum sperare, sed et confidere ipsis licebat, se satis defensos fore, si a Germanorum summis imperantibus omne auxilium et tutamen expectarent, quos jam antea tamquam jurium sui rum defensores et vindices justissimos intra ipsos Silesiae limites viderant. Hic autem Germanorum in Silesiam confluxus eo major fiebat, quo arctiora vincula Silesiae ducibus cum reliquis Germaniae principibus vel per matrimonia vel alia pacta intercedebant. Notum est sec. jam praecedenti XII. Vladislaum II. Boleslai III. cognomine distorti filium Henrici IV. imperatoris filiam Adelheidam sibi in matrimonium collocasse, vid. du. Schurzfleischii *dissert. de Lignicio* §. 12. *p.* 10. ex qua tres postmodum filii, primi ex matre germana nascentur Silesiae duces, quos inter natu major Boleslaus procerus, patris exemplum imitaturus imperatoris Conradi Suevi Augustae conjugis sororem Adelheidam uxorem accipiebat, unde denuo Henricus Barbatus, optimus Silesiae princeps progenitus, denuo cum Hedwige conjuge germana non exiguum simul Germanorum numerum in Silesiam recipiebat; facienti id expresse Schickfus. *l.* 2. *c.* 3. *p.* 11. conf. *id. l. c. p.* 161.

Quam aegre vero hanc intimiorem Silesiorum cum Germanis familiaritatem tulerint Poloni, facile divinare licet, ubi constat, quanta illorum invidia erga Vladislai II. coniugem fuerit (este eodem *l.* 1. *c.* 18. *p.* 83. imo quanto odio erga duces Silesiae ipsos, ob eamdem causam imbuti fuerint, adeo, ut injuste neglectos neque ad comitia, neque ipsam regiam dignitatem amplius vocarint, conf. Henel. *Sil. c.* 7. *p.* 82. qui tamen justissimis ex rationibus potiora sibi jura in regnum Poloniae asserere poterant, quam quidem Poloniae regibus in illos competebant, unde et hisibi semper principum haeredumque Poloniae titulum aequissimo jure vindicarunt. Cujus rei exemplum adhuc anno 1307. in authenticis lignicensium et bregensium literis reperiri testis est Balbinus *misc. Bohem. lib.* 3. *cap.* 6. §. 3. *p.* 51. Haec vero omnia fuisse quodam omine ita fieri oportebat, dum Silesia rigido peregrinorum et jugo et jure exuisso, sese in antiquum dignitatem vindicare, antique nominis germanici famam receptis Germanorum legibus, magis magisque stabilire debebat; sensim itaque ex hoc tempore polonica jura pristinum valorem amittebant, cum e contrario solennis saxonicarum II. introductio plurimis in ducatibus obtineret.

§. 7. Si in genere de Silesia sermo sit, fatendum est, certum annum determinari non posse, quo hoc factum, etsi leges saxonicas per omnem Silesiam valuisse verissimum sit. Interim tamen si de hoc vel illo ducatu in specie quaeratur, certiora quaedam vestigia reperiuntur; charissima certe patria nostra Vratislavia, si Schickfusio credimus, jam anno 1245. tempore Henrici III. statutis suis inclaruit, quae sine dubio maximam partem juribus saxonicis, quibus aliae tunc in Germania civitates quoque utebantur, sua debuere. conf. Henel. *Breslogr. c.* 5. *p.* 37. ante vero haec tempora jura saxonica Vratislaviae jam data fuisse, ejusdem Schickfus. verba evincunt, dum *l. c.* dicit: Henricum II. jam urbi Vratislav. magdeburgica jura concessisse, quae postmodum Henricus III. filius, sultem emendaverit, et plenius confirmaverit, hic vero Henricus II. jam anno 1241. mortuus erat; quodcumque hujus rei verius sit, patet tamen exinde, si Strauchii inprimis opinionem sequamur, spec. sax. 1230. compilatum fuisse, ut supra dictum, nostram ad minimum Vratislaviam brevi post hunc ab Epkone in Saxonia confectum laborem, saxonica jura principili auctoritate confirmata accepisse. Cum vero supra quoque cap. praeced. §. *penult.* dixerimus, jus statutarium magdeburg. circa initium demum sec. XIV. collectum fuisse, hic vero asseratur, jam Henricum II. magdeburgica jura Vratislaviensibus concessisse; iterum monemus, nihil istum collectionem, quam hodie habemus, juris aliquod magdeburgense statutarium literis exaratum haud dubie extitisse, quod tunc temporis uti in reliqua Germania, ita et Silesia quoque innotuerat. conf. omnino Conring. *de o. j. g. c.* 29. *p.* 176. Caeterum meris, in his omnibus, tantum praesumptionibus a fide historicorum petitis insistendum est, nullum enim forte de Henrico II. imo nec de Henrico III. (si illud de quo 1263. excipias cujus et Schickfusius *tr. vit. qu.* 4. meminit), hactenus vidimus privilegium, aut alias constitutiones ex quibus seu introductio seu confirmatio sax. juris in terris nostris clare probari possit. Praesuppositis igitur iis, quae jamjam diximus, tanquam veris, sententiam Henel, qua hactenus omnium fere creditum est, Henricum III. ducem Silesiae anno 1290. Jura magdeburgica in suo ducatu introduxisse, ita quoque nostram faciemus, ut non magis primae introductionis quam potius solennioris confirmationis gloriam eidem tribuamus. Laudatissimi hujus principis successores, Henricus IV. V. ad Vitum usque aemuli jam in ducatu vratislaviensi, cujus domini erant, stabilita sax. jura vel confirmatione antiquorum vel etiam concessione novorum prorsus privilegiorum corroborasse, dubio caret; ita Henricum V. cognomine Crassum Vratislaviensibus privilegia sua confirmasse testis est Schickfusius *lib.* 2. *c.* 26. *p.* 86. nihil vero eorum sub regimine Henrici IV. antecessoris sui, immutatum fuisse vel inde probabile est, quod hic ipse princeps, etsi aliis turbis saepissime inquietatus fuerit, tamen subditos sibi Vratislavienses semper tranquille uno verbo felicissime rexerit. Quanta vero incrementa sub Henrico VI. saxonica jura in vratislaviensi inprimis ducatu sumpserint, neminem latere potest, qui perpendit, optimi hujus principis auspiciis jura polonica solemniter in dicto ducatu abrogata fuisse.

§. 8. Si reliquos Silesiae ducatus spectes, difficilius paululum est certi aliquid affirmare, cum apud historicos passim hac de re sit silentium. De lignicensi neutiquam dubitamus, quin eodem cum vratislaviensi ducatu tempore ibidem Sax. jura introducta fuerint, cum non solum Henricus II. sive Pius, sed et ex subsequentibus Vratislaviae ducibus plures alii eumdem lignicensem ducatum sub sua potestate tenuerunt. Idem forte de glogoviensi dixeris, anno tamen 1279. per Conradum III. ducem glogoviensem abrogatis pristinis peregrinis moribus huic jura Saxonia restituta fuere Sylvicensibus dux eorum Boleslaus anno 1298. ad exemplum Henrici III. vratislav. Domini eadem confirmavit, testante Luca *in Schlesisch. Dencko. p.* 1437. cumque nuper admodum fautor et amicus meus aestimatissimus dn. Schoberus in erudita de feudis ducatuum svidnicensis et jauroviensis dissertatione plurima quoad hos ducatus huc facientia praeoccuparit, merito b. l. eo remittimus. De superioris Silesiae ducatibus puta oppoliensi, ratiboriensi, reschinensi etc. res admodum obscura est, interim tamen etsi adeo aperte non pateat, jura saxonica ibidem solemniter introducta fuisse, hoc nihilominus verum est, usum magdeburgici juris ibi aeque ac aliis in Silesiae partibus olim invaluisse. Nec enim obstat, quod nonnulli superioris Silesiae principes sec. jam: XIII. clientelae bohemicae sese subjecerint, unde bohemica potius jura, quam saxonica, ab ipsis recepta fuerint, inprimis cum et hodienum adhuc multa ex legibus bohemicis ibidem observari verissimum sit. Scilicet hic principum ad Bohemiam transitus accidebat demum circa ann. 1292. conf. Dubrav. *hist. Boh.* l. 18. Cromer. Hist. Pol. *l.* 3. *c.* 66. ipsa vero Polonia jam sub Boleslao Pudico adeoque anno circiter 1226. saxonica jura agnoverat; perinde igitur erit, sive Silesiorum sive Polonorum jura colunis e dicas principes istos, antequam Bohemiae se submitterent, utrobique enim non poteris non concedere, illos quoque jure sax. usos fuisse, quia et Silesii et Poloni illud jamjam receperant.

§. 9. A seculo igitur potissimum XIII. in Silesia pariter ac Polonia, Magdeburgensium jura insignem au-

ctoritatem acquirebant, adeo ut et appellationes ex utraque provincia Magdeburgum mitterentur, donec tandem seculo XIV. Casimirus I. dus Polonorum rex provocationes ad saxonica fere hucusque consuetas, quo ad Poloniam penitus tolleret, constituto in urbe cracoviensi an. 1356. solemni tribunali, a quo Polonis aeque ac Germanis teutonico jure utentibus, et interpretationes et sententiae decisoriae petendae erant. Qua de re vide ipsum Casimiri privilegium apud Goldastum, qui collectioni ll. imperialium illud praemisit. De causis hujus rei si inquirere vellemus, non negabimus, Casimirum ad constitutionem hujus tribunalis ideo commotum fuisse, ne diu e longinquo adeo adeque magnis cum impensis decisiones causarum accersendae essent, civium suorum bona fortunaeque minuerentur; interim tamen nec haec forte ultima subfuit ratio politica, ut solemni quodam exemplo monstrare posset, Polonos non magis Germanorum jura, quam jurisdictionem haud tolerare posse, quam ex longo adeo tempore judicia saxonica in illos habuisse videri poterat. Facit huc inprimis locus ex Leuberi *tr. de Stap. sax. n.* 716. ubi expresse asserit, ideo a rege Casimiro provocationes ad judicia saxonica inhibitas fuisse, ne forsitan Magdeburgenses jurisdictionem quandam contentiosam in Polonorum litigia sibi arrogarent. Imo nisi solemnis illa transactio, qua Casimirus anno 1339. omne suum in Silesia jus Johanni Luceburgico Bohemorum regi cedebat, obstaret, praesumi forte posset, hoc ipsum tribunal occasionem quandam praebere debuisse, ut Silesii bohemicae clientelae licet subjecti, eo facilius tamen adhuc e Polonorum partibus starent, aut plane pristinos dominos meditarentur, si viderent, tantam teutonicae genti libertatem et licentiam per plenissimum judicium suorum exercitium in ipsa Polonia indulgeri. Veras interim hujus transactionis causas a parte Polonorum vid. apud dn. Schultzfleisch. *in Lemmat. hist. ad silpert.* §. 23 *p.* 12.

§. 9. Sed ut ad Silesiam redeamus, salvae huic nihilominus manebant ad ipsos Saxonum scabinatus provocationes, jurisque ipsius saxonici tanta jam libertas auctoritas, quanta olim adhuc nunquam fuerat. Quandoquidem cum Silesia a Polonis posthabita, virilisque inde immixta turbis, tandem sub Henrico VI. duce Silesiae anno 1327. sceptro bohemico se subjecisset, vid. Henel. *Bresl. c.* 5. *p.* 40. statim quoque hujus ipsius principis jussu polonici mores ex terris, quarum Dominus erat, solemni edicto migrare jubebantur, id quod ex privilegio Vratislaviensibus dato satis patet, cujus partem maximi hic spectandam exhibuit Schilford. *cit. tr. qu.* 4. *p.* 250. Ex quo tempore vero ipse ex Bohemiae an. 1337. Silesiae dominus re ipsa fiebat, vratislaviensi inprimis reipublicae, hoc quod Henricus agere inceperat, plenius confirmabat, peculiari constitutione Polonorum consuetudines ex isto ducatu penitus proscribendo. Non ingratum fore credidi, si ipsius privilegii tenorem, etsi germanico saltem idiomate h. l. exhiberem, cum authentici textus, qui haud dubie latinus est, participes fieri haud potuerim, habet se autem sequentem in modum: *In Gottes Nahmen amen. Wir Johann von Gottes Gnaden, König zu Behem und Graff zu Lützelburg, zu aller der gegenwaertigen und zukünfftigen Bekuentnisse dieses Brieffes, wollen wir bekennen, dass wir unsern getreuen und lieben Rathmannen der Stadt zu Bresslau und der Einwohner derselben Landes mannigfaltige Klage gehoret haben, dass sie beyde Bürger und Einwohner in dem Polnischen Gerichte, dass die Zude genennet ist, umb Schuld mit mancherley gepfelde gemühet seyn bisher, darumb begehren wir eine solche ungebe Beschwerunge and unbillige Pfalunge abzunehmen, das vorgeschriebene Polnische Recht oder Zude vernichten Wir und vertilgen in diesem Brieffe, wollende, dass hinmand dem andern förter mehr umb Shuld oder umb ein itzliche andere Sachen in derselben Zude antworten in keiner Weise. Dabey beschliessen Wir, dass hinfort die Leute und die Bürger von Bresslau, in das Landgerichte zu Bresslau umb Schuld und umb andere Sachen die sich erhoben han und noch erhaben, in der Stadt und Weichbilde zu Bresslau und in dasselbis entworten nachdem als es recht wird. Zu dieser Dinge ewiger Bestetigunge haben Wir diesen Brieff heissen schreiben, und mit Unserm Intiegel versigelt ret. Geben zu Bresslau an den andern Tage des obersten Tages Unsers Herren nach seiner Geburth.* Annus equidem non adjectus reperitur, facile tamen hic defectus suppleri poterit ex Schickfusio qui *lib. 22. c. 3. p.* 280. annum 1339. posuit.

§. 10. Nostri non est instituti, hic prolixius investigare, qualia Polonorum jura proprie fuerint, et quibusnam in negotiis eorum valor esse potissimum exeruerit, forte et paucissima de iis asserere licebit, cum Schifordegherus vir hac in re versatissimus *l. c.* multis conqueratur, scriptorum maxime Polonorum incuria factum esse, ut parum aut nihil amplius de illo nobis constet; interim tamen hoc ipsum judicium Czudense, cujus memoratum privilegium in specie mentionem facit, eo referendum esse, dubio caret; de quo pluribus videas supra allegatum dissert. dn. Schoberi *de feud. ducal. Siles. suid. et jur. p.* 8. Uti vero haec ratione polonica, jura in Silesia evilescebant, ita e contrario non solum omnia privilegia et immunitates a rege Bohemiae Vratislaviensibus plenissime confirmabantur (forte ut reliquus Silesiorum populus eo facilius Bohemiae quoque se submitteret) sed illis per specialem concessionem quoque haec libertas dabatur, ut ipsi pro arbitrio ad utilitatem et commodum patriae promovendam jus quoddam provinciale conscriberent, quod ipsum circa medium sec. XIV. re ipsa quoque adeo in effectum deducebatur, ut sex ad hoc negotium viris prudentibus destinatis, quorum tres ipsa Urbs vratislaviensis ex suis civibus, reliquos vero tres ordo nobilium elegerant, juris ex speculo saxonico colligerentur, quae sub 13. capitibus comprehensa peculiare quoddam jus provinciale constituebant. Cur vero illud publicam auctoritatem non habuerit, me latet, forte quinquam aut publicatum aut a summo imperante confirmatum fuit. In rei tamen memoriam ipsum exemplar mscrtum adhuc hodie inter alia bibliothecae rhedigerianae curiosa Vratislaviae asservatur, id quod testatur vir clarissimus dn. Kranzius *in memorabil. bibliothecae Elisabeth. p.* 84.

§. 11. Quod ipsas provocationes e Silesia ad Saxonum judicia attinet, illud certissimum credimus, multo tempore prius easdem ad hos scabinatus missas fuisse, quam quo ex Coarctigii sententia illi ortum traxisse debebant. Diximus jam supra cap. praeced. circa finem hac de re pluribus, et si vel unicum testimonium ipsorum scabinorum magdeburgensium a

Schickfus. lib. 5. p. 331. exhibitum, adhucamus, qui profitentur: *civitatem vratislaviensem longaevo tempore, cujus memoria apud tunc viventes non extet, juri oppidano seu civili magdeburgensi fuisse subjectam*, difficulter admodum stare poterit sententia Conringii. Legitur in fine illius testimonii annus 1369. inde si tunc temporis viventium memoriam effugit harum provocationum initium, integro fere seculo prius eo jam appellatum erit, ita vero dimidium sec. XIII. pro primo termino ponendum esset, ad quod tamen Conringius sub verbis: paulo ante sec. XIV. respexisse haud credibile est. Initio equidem ex mero compromittentium spontaneo consensu, sententias definitivas a nominatis judiciis petitas fuisse, admodum probabile videtur, connivantibus iis apud quos regimen et imperium erat, postea tamen peculiares principum constitutiones idem fieri voluerunt; uti vel ex solo Bolkonis ducis schwidnicensis exemplo patet, cujus meminit Schiford. *l. c. p.* 257. unde horum scabinatum auctoritas ingens erat, non tamen sine ulla limitatione, prout statim *cap. sequ.* §. 2. dicemus, sec. tandem XVI. omnis hic judiciorum splendor quod Silesiam penitus evanescebat, angustissimae memoriae imperatore Ferdinando I. idem quod Casimirus quondam in Polonia egerat, quoad Silesiam suam statuendo, dum sc. anno 1548. novum appellationis senatum in civitate pragensi constituerat, ad quem neglectis Saxonum judiciis tantum recurrere, et ultimas controversiarum decisiones inde expetere debebant cum reliquis Bohemis Silesii, quod uti statim re ipsa in effectum deductum est, ita ad praesentem usque aetatem ad hac Pragensium provocationis tribunal Silesios confugere ipsa praxis quotidiana hucusque satis comprobavit, iis autem judiciis, quae jure quod vocant inappellabilitatis gaudent, per specialia privilegia illud concessum fuit, cujus rei exempla quaedam vid. apud Weingart, *in fasc. dis. jur. part.* 1. *p.* 79. *it. p.* 83. Similia leges apud Henelium Siles. *c.* 8. *p.* 99. Quibus certe modo jungi potest Schiford. *l. c. qu.* 6. circa finem.

§. 13. Antequam huic capiti finem imponamus, vel tribus saltem verbis adhuc moremur, ex iis quae hactenus dicta sunt, nunc satis patere, omnem de jure saxonico nostrum sermonem tantum de jure communi saxonico intelligendum esse, penitus exclusis constitutionibus, quae electoralia jura in se comprehendunt, haec enim ad Silesiam nostram plane non pertinere, ea minus probatione indiget, quo certius est, extra electoratum nequidem in ipsa Saxonia ea valere, nisi eorundem receptio sufficienter probaretur, qua de re passim ipsi Jcti sax. testantur. In Silesia vero illa unquam recepta fuisse, non magis verum est ac illud, Silesios unquam Saxoniae electoribus subditos fuisse. conf. omnino Mauritius *part. II. cons.* 7. *n.* 3. Vid. et Conr. Sinc. *diss. epist. de orig. Germ. II p.* 35. Juris interim saxonici feudalis quod nullam plane mentionem injecerimus ratio haud fuit, quod forsitan usus illius in Silesia nullus esset, quin potius quod omnia quae hic dici potuissent plenius jam exposita sint in dissert. supra cit. *de feud. ducat. Siles. Schwid. et jaur.* civis nostri dn. Schoberi.

CAPUT III.

De auctoritate juris saxonici in Silesia.

SUMMARIA

Jus saxonicum mutato provocationis judicio non fuit abrogatum. Quod probatur. §. 1.
Obligat ex mera receptione. Tamquam jus commune. §. 2.
Quod illustratur. Et probatur ex testimonio Maximil. Ildi. §. 3.
Ex connexitate statutorum cum jure sax. §. 4.
Ex usu inter ipsos principes. §. 5.
Ex attestato curiae supremae. §. 6.
Hinc obligat deficientibus statutis et ordinat. prov. §. 7.
Praefertur juri civili romano. §. 8.
Etiam in contradictorio. Cum in dubio pro jure sax. praesumatur. Deficiente jur. sax. et ejus ratione ad jus rom. recurritur. §. 9.
Statuta ex jure sax. interpretando. Praesertim si statutum sit favorabile. §. 10.
De consuetudinibus sax. Valent in Silesia, si non sint novi juris inductivae. De glossis. §. 11.
De praxi moderna. §. 12.
De observantia recessuum imperii. §. 13.

§. 1. Cujus omnis noster in hoc capite labor eo tendere debebat, ut quoniam fieri possit veterem et vim obligandi monstremus, quae jura saxonica in Silesia habere possint, quaestio haec quasi praejudicialis adhuc enodanda est, num sc. ubi, per laudatissimum imperatorem Ferdinandum omnes per omnem Silesiam provocationes ad saxonica judicia inhibebantur, eo ipso simul jura saxonica abrogata fuerint? frustra enim quaeritur, quousque quid valeat, si non constet, an penitus valeat. Et sane nihil minus augustissimum imper. quam hoc ipsum intendisse palam est. Hoc sc. aliis notissimi juris est, ut si lex aliqua aut consuetudo, quae pro lege hactenus invaluerat per novas leges abrogata dici debeat, ipsa abrogatio expressis verbis facta sit. b. Brunnem. *Com. in cod. constit. de cod. confirm. p.* 2. *n.* 5. Quodsi igitur ad ipsum divi Ferdinandi rescriptum attendimus, cujus praecipua capita Schifordegerus *tr. cit. qu.* 8. recensuit, nemo quam horum aliquid ibi deprehendit, ut potius quam saluberrime sanctum sit, senatum pragensem noviter ibidem institutum cognoscere debere secundum mores cujusque loci mores et leges; unde jam sua sponte fluit, si in pronunciando mores provinciarum negligi nequeant, eo ipso potius stabilitum quam abrogatum fuisse jus saxonicum in Silesia ab antiquo tempore receptum, id quod alias etiam juri conveniens est, ut judex appellationis teneatur judicare secundum statuta et consuetudines judiciorum a quibus provocatum fuit. conf. dn. Strykius *dissert. de Stylo curiae. c.* 4. *n.* 18. Atque adeo cum nulla summae majestatis contraria dispositio monstrari queat, non magis inutiliter quam temere ageret, qui talia contra mentem Ilioris effingere non erubesceret, cujus tamen voluntas nobis inviolabilis esse debet. conf. huc quo-

quem hujus Scabinatus fit mentio *in privilegio Herzog Siglsmundi über des Fürstenthums Glogau Mangerichte. Ibi*: *Was also von den von Dhone, oder Magdeburg* et paulo post. *an obgenannte von Dhone von Magdeburg etc.* vid. Weingarten *foro. div. jur. part.* 2. *p.* 84. Urbs ipsa donensis expropter non incelebre quondam Misniae fuit oppidum, quod tamen sec. XV. et nisi fallor 1403. ruinam vidit, unde et scabinatus simul cum illo concidit. Magdeburgenses e contrario Hallensesque famam judiciorum suorum maxime quodam successu diu atque post haec tempora conservarunt, donec tandem furiali Germaniae nostrae bello ingruente Magdeburgum a Carolo V. imperatore proscripta, sui quoque judicii librentem statum cum omni dignitate sua amitteret, unde Hallensium respublica sibi scabinatus auctoritatem in hunc usque diem eo melius conservare potuit, quo difficilius erat, ut Magdeburgum semel fama sua orbata, in pristinum quoad membratum judicium sese vindicaret statum.

CAPUT II.

De origine et progressu juris saxonici in Silesia.

SUMMARIA

Silesii cum reliquis Germanis olim suis moribus vixere. Sunt indigenae. §. 1.
Conjecturae de his Silesiorum moribus. §. 2.
Silesii utuntur jure polonico, non tamen neglectis propriis moribus. §. 3.
Jura saxonica pedetentim in Silesia invaluerunt. Initio saltem innotuerunt. §. 4.
Polonis inprimis parum adhuc usitata. Bene tamen Silesiis. §. 5.
Sec. XIII. solemniter introducta. Occasio introductionis. Ex commercio cum Germanis. §. 6.
De introductione in ducat. Wratisl. § 7.
In reliquis ducatibus. §. 8.
Poloni utuntur jure saxonico. §. 9.
Jus polonicum in Silesia abrogatum. Per Henricum VI. §. 10.
Jura polonica antiqua non adeo cognita sunt. §. 11.
De appellationibus. §. 12.
Jus electorale saxonicum ad Silesiam non pertinet. §. 13.

§. 1. Vidimus hucusque, quantum instituti ratio permisit, juris saxonici in ipsa Saxonia fata, tempus jam monet, ut ad Silesiam, de qua praecipue hic nobis agendum est, nos convertamus, et quantum fieri poterit, justo ordine hujus juris incunabula et incrementa ibi investigemus. Commodissime vero hoc forte praestabimus, si ad diversum reipublicae silesiacae statum simul respexerimus; nil enim magis verum est, quam quod vicissitudines legum ab ipsa regionum fortuna dependeant. Ubi igitur ad antiquiora Silesiae tempora paululum recurrimus, quoad jura isto aevo usitata idem nobis omnino asseverandum erit, quod supra §. 2. de Saxonibus dicebamus: ex moribus sc. et sola videndi consuetudine eadem aestimanda esse. Non urgeo, Silesios olim libertatis suae defensores tenacissimos, ob continua quibus detinebantur bella, haud quaquam literis excoluisse; sufficiat, taciti de Germanis effatum, quod *apud illos viri pariter ac faeminae literarum secreta ignoraverint. vid. c.* 13. *de mor. germ.* Res ipsa certe indubia est, incongrue tamen ad Germanorum mores forte provocamus, cum his olim cum Silesiorum gente, a qua descendimus, ex plurimorum sententia nihil commune fuerit. Silesiorum originem, quod nomen si a praesenti aetate calculum retroducamus, ultra quingentos et quadraginta circiter annos aetatem non feret, id quod Henelius *Siles. a. l. p.* 3. non solum asserit, sed et Cromerus *hist. pol. lib.* 6. magis determinate affirmat, allegans an. Chr. 1163. circa quem Silesiae nomen ortum fuerit; quodsi enim vel de antiquissimo Elysiorum populo ex Asia minore in terras Silesiae migrante, vel etiam de Suevis, Lygiis etc. tamquam antiquis patriae incolis serius sit, facilius consentient plurimi, populos hosce Germanos fuisse, terrasque dictas inhabitasse, sed hos omnes ex sedibus suis aut sponte migrantes, aut ab aliis pulsos adventantibus Slavis; Sarmatia, neutiquam Germania oriundis, easdem occupandas reliquisse, fere non omnes quoque fatebuntur, ut adeo, sive Cimbri et Schirkfusii, sive etiam Henelii et Schilfordegheri alio eumque opinionem sequatis, dum illi ipsi inter se valde dissentiunt, si non plane incerta, obscura tamen et longe alia quam germanica Silesiorum origo concedenda sit. Enimvero suo jam tempore Tacitus in originem omnium indistincte Germanorum inquirens, illos indigenas credebat. Imo nec frustra aut minus vere haec ab ipso dicta fuisse, inter alios non solum optime probavit recentioribus temporibus Henricus Bebelius, cujus hac de re meditationes vide apud Goldastum *in polit. imper. part.* 10. *p.* 382. sed celeberrimus quoque Strauchius in peculiari ad Taciti Germaniam dissertatione idem agens, Teutonicae nationis gloriam quam felicissime vindicavit. Ast quid de Silesiis sentiemus, idemne forte et his asserere licebit? certe si nondum probatum sit, eos fuisse Germanos, inutilis erit quaestio, num indigenae fuerint. Sed non est, cur diutius priscis adhaereamus opinionibus, postquam vir orbi literato per eruditissima scripta dudum notissimus, clarissimus Hanekius, non solum in opere de *Silesiorum majoribus* manifesto satis probatum dedit, originem Silesiorum vere germanicam esse, sed et in alio scripto forte jam sub praelo sudante, brevi quod optandum eos tamquam Germanos indigenas publice sistet, ut adeo verius jamjam jubere liceat: Silesios Germanos, variis olim sub nominibus inclaruisse scenies, Slavorum licet subsequentibus temporibus populo associatos, imo pressos, saepiusque victos, nunquam tamen penitus oppressos, aut ita de sedibus suis exterminatos fuisse, ut hic Germanorum populus antiquissimus omnem inde viderit interitum. Actum omnino agemus, si plura quae a celeberrimo auctore id opere priori nominato dudum tradita sunt, huc transcribere vellemus, inde potius h. l. hujus rei cupidum eo ablegamus. Sed uti haec incidentur autem monuimus, ita clare simul exinde patet, Silesios ad reliquorum Germanorum adeoque et Saxonum exem-

plum suos vivendi regulas ex moribus et consuetudinum observantia custodivisse, hinaque obventientes, ex aequo et bono dijudicasse, sc. secundum praecepta justitiae quae ab ipsa natura ipsis indita erant.

§. 2. Caeterum ut exempla quae ham harum consuetudinum hic allegemus, non est, ut quis desideret, cum ex antiquis adeo temporibus hujus generis specialia apud scriptores annotata non reperiamus. Meminit equidem supra jam laudatus Schifordegherus *disp. for. ad Ant. Fabr. l. 1. tr. 30. qu. 1. p. 254.* olim apud Polonos perversum hunc morem obtinuisse, ut nobilibus iter facientibus civium et rusticorum praedia ad luxoriam prosequi praeferrent diversoria, quorum et Hartknochius de *republ. pol.* sine dubio respicit, dum *l. 2. c. 2. p. edit. p.* 382. inter alias a Casimiro latas leges et hanc recenset: ne nobiles in agrestium bona grassarentur, neque obscure Schifordegherus eumdem morem Silesiis quoque attribuit, dum statim ex mente sua haec verba subjungit: *Polonis, cum quibus Silesii nostri communem ducunt originem.* Ast si vel maxime etiam haec consuetudo Silesios inter valuerit, licet hoc ex solo Silesiorum cum Polonis commercio nondum probaveris, recentior tamen longe est, quam ut ad antiquius illud aevum trahi queat, ubi Silesii longissimo tempore terras suas jam inhabitaverant, nec quisquam adhuc Slavorum populum intra Silesiae limites viderat. Referri huc quoque posset, quod Bohuslaus Balbinus rerum Bohem. *lib. 2. c. 7.* de Silesiis, quatenus gentiles adhuc erant, narrat, illos relicto sub Miecislao Polon. rege, idolorum cultu, cum caeteris aliis perversis moribus et illum abominasse, vi cujus plures sibi una jungere uxores impune licebat; attamen licet non diffiteamur, Silesios quatenus Ethnicos haud dubie depravatis moribus multum indulsisse, non adeo indistincte tamen hanc Balbini assertionem de Silesiis tanquam Germanis admittemus, cum pro his in contrarium potius dicat militet sententia, quae castitatem et severam in impuras libidines animadversionem, Germanis quam saepissime vindicet. Quamquam vero non adeo notum sit, quinam Silesiis olim proprii fuerint mores, hoc tamen hic praecipue obversasse juvabit, has ipsas Silesiorum teutonicas consuetudines, qualescunque olim illae fuerint, nequaquam ideo interiisse, quod Slavorum populus magna saepe cum injuria Silesios premens, eas immutari fecerit, in illis enim ob pro omni sua libertate defendendis; adeo sobrios et strenuos sese praebuere majores nostri, ut illis brevissimo fortasse tempore, dum hostium multitudo sortem alioquin gentem quandoque subigebat, nunquam tamen penitus quod omnem interitum illis derogatum fuerit.

§. 3. Scilicet hoc lubentissime concedimus, Silesios Polonis junctos in unum reipublicae corpus redactos fuisse, quod et Henelius Sil. *cap. 7. p. 82.* fatetur, etsi non adeo improbabilis quoque sit sententia Hartknochii, qua *tr. cit. lib. 1. c. 3. §. 2. p. 114. et 117.* variis argumentis probat, non omnem penitus Silesiam sub ditione Polonorum fuisse, motus praecipue testimonio Vincentii Kadlubkii, antiquissimi rerum Polon. scriptoris, qui Boleslaum Chrobri Silesiam sibi acquisivisse asseverat; ast, sive voluntarie et sponte sua, sive etiam coacte Silesios cum Polonis societatem iniisse statuemus, nequaquam tamen illos adeo libertate sua excidisse dixeris, ut neque quoad patrium solum, neque mores avitos a reliquis slavicis populis haud amplius discerni potuerint. Esto enim, Silesios Polonis subjectos fuisse, esto, et illos unum idemque Polonorum nomen saepius gessisse, esto denique, ipsas Silesiae terras a Polonis copiose inhabitatas fuisse; eo ipso tamen semper nobis concedetur, Silesios Germanos adhuc superfuisse, etsi peregrinum nomen acceperint, neque etiam exinde probatum erit, consuetudines Silesiorum teutonicas plane exolevisse, cum haud quaquam contradictionem involvat, illos suo jure etsi nonnihil sub suis ducibus vixisse. Accedit et hoc, quod non solum sec. XI. an. sc. 1013. cum Richa, s. Richsa, filia Ottonis III. Romanorum imperatoris, quae nubebat Miecislao II. Polon. regi, magnus germanorum numerus in Silesiam venerit, qui haud dubie, postquam fixam ibi sedem acceperant, mores germanicos indies stabiliebant, vid. omnino Balbinus. *Misc. rer. Bohem. lib. 3. c. 6. §. 5. p. 53.* sed et longe antea sec. sc. IX. cum Carolus m. Poloniam pariter ac Silesiam sibi tributarias efficeret, conf. cl. dn. Hanckius tr. de Sil. Nom. *c. 6. §. 12. p. 48.* Itidem Germani Silesiam intraverint, qui cum reliquis Silesiis Germanis proprios mores amantes Polonorum duces tanquam dominos suos quidem venerabantur, ita tamen ut hi ipsi imperio germanico subjacentes potestatem in hos valde limitatam et restrictam exercerent; ista enim controversia num Poloni Silesiam jure absoluto et a nemine dependente, num vero salvis imperii rationibus tenuerint a viris celeberrimis dudum ita clare decisa est, ut posterius verissimum esse nemo amplius dubitare queat. Vid. omnino Conringius *integr. ca. 18. tr. de fin. imp. germ.* ubi hoc argumentum data opera multis prosequitur. it. Goldastus de regn. Bohem. *lib. 1. c. 14.* conf. et ill. dn. Coccejus *jur. publ. c. 3. sect. 4. p. 67.* Dn. Schurtzfleischius *in lineamentis Sarmat. §. 3.* ex ipsis scriptoribus polonicis huc referas Cromerum *lib. 3. de o. et r. g. pol. p. 39.* adde Hartknochium *lib. 1. c. 2. de reb. pol.* itemque Curaeum *annal. Sil. p. 39.* Enimvero non negamus quoque, majores nostros, quatenus in una cum Polonis republica vixere, jure polonico usos fuisse, multis enim exemplis hoc ipsum a Schifordegherо tr. supr. cit. abunde probatum est, adeo ut nec moribus maxime modernis omnem ejus usum in nonnullis ducatibus evanuisse, ipsa praxis quotidiana testis sit omni exceptione major, interim tamen, ingens licet nominati juris auctoritas olim inprimis et apud Silesios esset, nequaquam tamen per hactenus dicta illa ipsa obstitit, quo minus pristinis illorum domesticis moribus, cum Germanis adventantibus Saxonum simul jura germanica parvis primum initiis, majoribus postmodum incrementis, et fere cum plene morum polonicorum interitu successerint.

§. 4. Dum igitur jam nobis monstranda est prima saxonicarum legum in terris nostris origo, distinguendi omnino sunt tempora, quibus innolescere saliem, aut sensim in judiciis recipi coeperunt, et quibus postmodum introductio earumdem publica auctoritate et privilegiorum robore solemniter fuit stabilita: Scilicet quemadmodum extra omne dubium est positum, leges saxonicas, quae vel ab antiquissimis temporibus ex moribus oriundae, postmodum sub Carolo m. ejusque stirpe variis modis mutatae, et novis ad sec. XII. usque additamentis ab imperatoribus auctae fuerant,

dio jam in variis hinc inde provinciis invaluisse, antequam compilationes spec. sax. et Weichb. magdeburgici in publicum prodirent, ita dubio caret, et in Poloniam aeque ac in Silesiam illas quoque transiisse, antequam conscriptiones istae ibidem innotescerent. Habemus hujus rei testimonium apud Schickfusium *chr. lib.* 1. *c.* 19. ubi ad annum 1138. commemorat Romanorum imperatorem Fridericum I. Boleslao, qui tunc temporis ejecto fratre Vladislao regno Poloniae praeerat, inter alias duriores conditiones, quibus impletis cum dicto fratre in gratiam redire debebat, et hanc praescripsisse, ut damnum fratri illatum ex jure magdeburgico aestimari deberet. ibi: *Er soll mit im Erkuenatniss leiden am Magdeburgischen Rechten.* Illo vero tempore cum spec. sax. tum etiam Weichbild. Magdeb. nondum prodiisse, constat ex iis quae supra *cap. praeced.* §. 4. *circa finem* diximus. Sed an praeter unam aliquam eorum notitiam, usum quoque in ipsis judiciis eas invenisse dicendum sit, non immerito dubitamus, nisi forte de Silesiis asseveris, illos juris patrii germanici strenuos custodes, teutonicos quoque jam illo tempore habuisse judices, qui in pronunciando simul ad jura sax. respexerint. Interim cum injuria temporis factum sit, ut ad sec. XII. usque omnes fere antiquiores constitutiones, privilegia et similia perierint (hoc enim grave damnum tot bellorum tumultus, tot devastationes intulere), magis temere quam vere quicquam quoad hanc rem determinare licet.

§. 5. Apud Polonos certe, quatenus hos a reliqua Silesiorum germanica gente distinguimus, usum sax. II. si non plane nullum, tamen maxime incertum adhuc fuisse, certissimum credimus, neque ex unico jam commemorato exemplo tuto contrarium asserere licebit; hic enim casus plane singularis et extraordinarius erat, ubi imperator fere pro imperio agebat, et posnae loco duras admodum conditiones praescribebat a Boleslao adimplendas, adeo ut crederes, studio Friderici um hos litigantes principes ad fora magdeburgica ablegasse, ut sc. eo major imperialis in Poloniam alias tributariam potestatis splendor emineret, si Polonorum principes ad Germanorum fora vel invitos traheret, efficeretque, ut obortas lites ex jure hactenus peregrino tamquam alieno imperio subjecti decidi paterentur. Quod enim Cromerus *de orig. et r. g. pol. lib.* 6. *p.* 103. (ex quo Schickfusius hoc exemplum deprompsit) asserit, ad arbitrium Bohoemorum et Polonorum Magdeburgi habitam fuisse rationem, id si vel maxime ita factum fuisset, tamen non excludit imperatorem, ex cujus beneplacito id arbitrio Polonorum relictum erat. Imo ut taceam ab hoc principum singulari exemplo ad causas privatorum haud argumentum duci posse, illud inprimis huc facit, quod sub Boleslao Pudico, qui urbem Cracoviensem jure sax. s. Magdeb. stabiliverat, adeoque sec. demum XIII. jus saxonicum in Polonia invalescere coeperit, prout hoc ex Cromero probat Hartknoch. *ir. cit. lib.* 2. *c.* 2. *p.* 390. contra Conringium, qui ad Leskonis Nigri tempora ejus ibi initia retuleral. Caeterum quin ipso sec. XII. adhuc in ipsa Silesia jura saxonica judices majora incrementa acceperint, non est quod dubitemus. Sane si tabulas fundationis monasterii leubensis a Boleslao duce Silesiae anno 1178. datae introspicimus, quarum partem aliquam Schilordegherus *ir. cit.* §. 3. *pag.* 265. exhibuit, invenimus ibi nomen judicum teutonicorum, qui quidem cum Polonorum judicibus nihil commune habuerunt, utrorumque enim ibi separatim fit mentio. Quemadmodum vero indubium est, sub jure teutonico quoties in antiquioribus Silesiae et Poloniae monumentis illius sermo fit, haud aliud quam saxonicum intelligendum esse, conf. Hartknoch. *de rep. pol. l.* 2. *c.* 2. §. 3. ita judices quoque teutonicos secundum idem Saxonum jus causas litigantium dijudicasse, per bonam consequentiam negari non poterit; ut adeo verum sit usum jur. sax. tunc temporis in Silesia non infrequentem, tamen omni illa auctoritate adhuc destitutum fuisse, quam sequenti seculo plenissime consequebatur; et maxime huc faciunt verba Schilordegheri, dum *l. c. qu. v.* ita de his judiciis teutonicis judicat, ut ex hujus tituli primo lio posterior evenius non sit formandus, utpote jure saxonico nondum solemniter introducto.

§. 6. Hactenus omnia fere ex mera consuetudine quoad mores saxonicos in Silesia obtinuerant, ita tamen ut polonicarum ll. et observantiae et auctoritas pro diverso reipublicae statu, quandoque magna quandoque etiam satis exigua esset, quod ultimum tunc inprimis accidebat, cum Silesii ducibus juribusque suis magis magisque inclarescentes, polonicos mores magnam partem abrogatos uti optabant, ita re ipsa quoque cernebant. Jam vero ubi origo ll. saxon. quoad solemnem introductionem per principes suscepta indigitanda est, illam, quod ex fide historicorum hactenus constitit, a sec. XIII. derivabamus, quo sc. tempore ipsa Saxonia propria sua jura in unum congesta et coordinata accipiebat, prout supra *c.* 1. §. 4. dictum. Nimirum exsercbat sese isto aevo non infelici successu exoptata occasio, per quam Silesii jugum polonicum iterum excutere incipiebant, sub quo si non ordinarie, tamen non raro hactenus vixerant; dum sc. finito inter Vladislai posteros cum patruis bello; et acceptis anno 1169. propriis ducibus, vel ut patriam aliquando a peregrinis advenis liberarent, vel etiam eorumdem invidiam et turbas inde saepius abortas fortiter superarent, eo libentius advenientes Germanos cumque his eorum jura recipiebant, quo magis non tantum sperare, sed et confidere ipsis licebat, se satis defensos fore, si a Germanorum summis imperantibus omne auxilium et tutamen expectarent, quos jam antea tamquam jurium suorum defensores et vindices justissimos intra ipsos Silesiae limites viderant. Hic autem Germanorum in Silesiam confluxus eo major fiebat, quo arctiora vincula Silesiae ducibus cum reliquis Germaniae principibus vel per matrimonia vel alia pacta intercedebant. Notum est sec. jam praecedenti XII. Vladislaum II. Boleslai III. cognomine distorti filium Henrici IV. imperatoris filiam Adelheidam sibi in matrimonium collocasse, vid. du. Sebastiani *dissert. de Lignicio* §. 12. *p.* 10. ex qua tres postmodum filii, primi ex matre germana nascebantur Silesiae duces, quos inter natu major Boleslaus procerus, patris exemplum imitaturus imperatoris Conradi Suevi Augustae conjugis sororem Adelheidam uxorem accipiebat, unde denuo Henricus Barbatus, optimus Silesiae princeps progenitus, denuo cum Hedwige conjuge germana non exiguum simul Germanorum numerum in Silesiam recipiebat; frequens id expresse Schickfus. *l.* 2. *c.* 3. *p.* 11. conf. *id. l. c. p.* 101.

Quam aegre vero hanc intimiorem Silesiorum cum Germanis familiaritatem tulerint Poloni, facile divinare licet, ubi constat, quanta illorum invidia erga Vladislaï II. conjugem fuerit (este eodem *l.* 1. *c.* 18. *p.* 83. imo quanto odio erga duces Silesiae ipsos, ob eandem causam imbuti fuerint, adeo, ut injuste neglectos neque ad comitia, neque ipsam regiam dignitatem amplius vocarint, conf. Henel. *Sil. c.* 7. *p.* 82. qui tamen justissimis ex rationibus potiora sibi jura in regnum Poloniae asserere poterant, quam quidem Poloniae regibus in illos competebant, unde et hi sibi semper principum haereditumque Poloniae titulum aequissimo jure vindicarunt. Cujus rei exemplum adhuc anno 1307. in autheuticis lignicensium et bregenodunum literis reperiri testis est Balbinus *misc. Bohem. lib.* 3. *cap.* 6. §. 3. *p.* 51. Haec vero omnia facilioso quodam ordine ita fieri oportebat, dum Silesia rigido peregrinorum et jugo et jure exuuso, sese in antiquam dignitatem vindicare, suique nominis germanici famam receptis Germanorum legibus, magis magisque stabilire debebat; sensim itaque ex hoc tempore polonica jura pristinum valorem amittebant, cum e contrario solennis saxonicarum II. introductio plurimis in ducatibus obtineret.

§. 7. Si in genere de Silesia sermo sit, fatendum est, certum annum determinari non posse, quo hoc factum, etsi leges saxonicas per omnem Silesiam valuisse verissimum sit. Interim tamen si de hoc vel illo ducatu in specie quaeratur, certiora quaedam vestigia reperiuntur; charissima certe patria nostra Vratislavia, si Schickfusio credimus, jam anno 1245. tempore Henrici III. statutis suis inclaruit, quae sine dubio maximam partem juribus saxonicis, quibus aliae tunc in Germania civitates quoque utebantur, sua debuere. conf. Henel. *Breslogr. c.* 5. *p.* 37. ante vero haec tempora jura saxonica Vratislaviae jam data fuisse, ejusdem Schickfus. verba evincunt, dum *l. c.* dicit: Henricum II. jam urbi Vratislav. magdeburgica jura concessisse, quae postmodum Henricus III. filius, saltem emendaverit, et plenius confirmaverit, hic vero Henricus II. jam anno 1241. mortuus erat; quodcumque hujus rei verius sit, patet tamen exinde, si Strauchii inprimis opinionem sequamur, spec. sax. 1230. compilatum fuisse, ut supra dictum, nostram ad minimum Vratislaviam brevi post hunc ab Epkone in Saxonia confectum laborem, saxonica jura principili auctoritate confirmata accepisse. Cum vero supra quoque cap. praeced. §. *penult.* dixerimus, jus statutarium magdeburg. circa initium demum sec. XIV. collectum fuisse, hic vero asseratur, jam Henricum II. magdeburgica jura Vratislaviensibus concessisse: iterum monemus, nde istam collectionem, quam hodie habemus, jus aliquod magdeburgense statutarium literis exaratum haud dubie extitisse, quod tunc temporis uti in reliqua Germania, ita et Silesia quoque innotuerat. conf. omnino Conring. *de o. j. g. c.* 29. *p.* 176. Caeterum meris, in his omnibus, tantum praesumptionibus a fide historicorum petitis inaitendum est, nullum enim forte de Henrico II. imo nec de Henrico III. (si illud de anno 1263. excipias cujus et Schiffordegher. *tr. vit. qu. 4.* meminit), haetenus vidimus privilegium, aut alias constitutiones ex quibus seu introductio seu confirmatio sax. juris in terris nostris clare probari posset. Praesuppositis igitur iis, quae jamjam diximus, tanquam veris, sententiam illam, quae hactenus quamplurimum creditum est, Henricum III. ducem Silesiae anno 1290. jura magdeburgica in suo ducatu introduxisse, ita quoque nostram faciemus, ut non magis primae introductionis quam potius solemnioris confirmationis gloriam eidem tribuamus. Laudatissimi hujus principis successores, Henricus IV. V. ad Vitum usque tamen jam in ducatu vratislaviensi, cujus domini erant, stabilitae sax. jura vel confirmatione antiquorum vel etiam concessione novorum prorsus privilegiorum corroborasse, dubio caret; ita Henricum V. cognomine Crassum Vratislaviensibus privilegia sua confirmasse testis est Schickfusius *lib.* 2. *c.* 26. *p.* 86. nihil vero eorum sub regimine Henrici IV. antecessoris sui, immutatum fuisse vel inde probabile est, quod hic ipse princeps, etsi aliis turbis saepissime inquietatus fuerit, tamen subditos sibi Vratislavienses semper tranquille uno verbo felicissime rexerit. Quanta vero incrementa sub Henrico VI. saxonica jura in vratislaviensi imprimis ducatu sumpserint, neminem latere potest, qui perpendit, optimi hujus principis auspiciis jura polonica solemniter in dicto ducatu abrogata fuisse.

§. 8. Si reliquos Silesiae ducatus spectes, difficilius paululum est certi aliquid affirmare, cum apud historicos passim hac de re sit silentium. De lignicensi neutiquam dubitamus, quin eodem cum vratislaviensi ducatu tempore ibidem Sax. jura introducta fuerint, cum non solum Henricus II. sive Pius, sed et ex subsequentibus Vratislaviae ducibus plures alii eumdem lignicensem ducatum sub sua potestate tenuerunt. Idem forte de glogoviensi dixeris, anno tamen 1270. per Conradum III. ducem glogoviensem abrogatis pristinis peregrinis moribus huic jura Saxonia restituta fuere Svidnicensibus dux eorum Boleslaus anno 1298. ad exemplum Henrici III. vratislav. Domini eadem confirmavit, testante Luca *in Schlesisch. Dencko. p.* 1437. cumque nuper admodum fautor et amicus meus aestimatissimus Dn. Schoberus in erudita de feudis ducatuum svidnicensis et jauroviensis dissertatione plurima quoad hos ducatus huc facientia praeoccuparit, merito b. l. eo remittimus. De superioris Silesiae ducatibus puta oppoliensi, ratiboriensi, reschinensi etc. res adhuc dum obscura est, interim tamen etsi adeo aperte non pateat, jura saxonica ibidem solemniter introducta fuisse, hoc nihilominus verum est, usum magdeburgici juris ibi aeque ac aliis in Silesiae partibus olim invaluisse. Nec enim obstat, quod nonnulli superioris Silesiae principes sec. jam. XIII. clientelae bohemicae sese subjecerint, unde bohemica potius jura, quam saxonica, ab ipsis recepta fuerint, inprimis cum et hodiernum adhuc multa ex legibus bohemicis ibidem observari verissimum sit. Scilicet hic principum ad Bohemiam transitus accidebat demum circa ann. 1292. conf. Dubrav. *hist. Boh.* l. 18. Cromer. Hist. Pol. *l.* 3. *c.* 66. ipsa vero Polonia jam sub Boleslao Pudico adeoque anno circiter 1226. saxonica jura agnoverat; perinde igitur erit, sive Silesiorum sive Polonorum jura colligis e dicas principes istos, antequam Bohemiae se submitterent, utrobique enim non poteris non concedere, illos quoque jure sax. usos fuisse, quia et Silesii et Poloni illud jamjam receperant.

§. 9. A seculo igitur potissimum XIII. in Silesia pariter ac Polonia, Magdeburgensium jura insignem au-

cteri atem requirebant, adeo ut et appellationes ex utraque provincia Magdeburgum interirentur, donec tandem seculo XIV. Casimirus I. dus Polonorum rex provocationes ad saxonica fora hucusque consuetas, quo ad Poloniam penitus tolleret, constituto in urbe cracoviensi an. 1356. solenni tribunali, a quo Poloniae aeque ac Germaniae teutonico jure utentibus, et interpretationes et sententiae decisoriae petendae essent. Qua de re vide ipsum Casimiri privilegium apud Goldastum, qui collectioni suae imperialium illud praemisit. De causis hujus rei si inquirere vellemus, non negabimus, Casimirum ad constitutionem hujus tribunalis ideo commotum fuisse, ne diu e longinquo adeo adeque magnis cum impensis decisiones causarum accersendae essent, civium suorum bona fortunaeque minuerentur; interim tamen nec haec forte ultima subfuit ratio politica, ut solenni quodam exemplo monstrare posset, Polonos non magis Germanorum jura, quam jurisdictionem haud tolerare posse, quum ea longo adeo tempore judicia saxonica in illos habuisse videri poterat. Facit huc inprimis locus ex Leuberi *tr. de Stap. sax. n.* 716. ubi expresse asserit, ideo a rege Casimiro provocationes ad judicia saxonica inhibitas fuisse, ne forsitan Magdeburgenses jurisdictionem quamdam contentiosam in Polonorum filiis sibi arrogarent. Imo nisi solennis illa transactio, qua Casimirus anno 1339. omne suum in Silesia jus Johanni luceburgico Bohemorum regi cedebat, obstaret, praesumi forte posset, hoc ipsum tribunal occasionem quamdam praebere debuisse, ut Silesii bohemicae clientelae licet subjecti, eo facilius tamen adhuc a Polonorum partibus starent, aut plane pristinos dominos meditarentur, si viderent, tantam teutonicae genii libertatem et licentiam per plenissimum judicium suorum exercitium in ipsa Polonia indulgeri. Veras interim hujus transactionis causas a parte Polonorum vid. apud dn. Schurtzfleisch. *in Lemmat. hist. ad silpert.* §. 23 *p.* 12.

§. 9. Sed ut ad Silesiam redeamus, salvae huic nihilominus manebant ad ipsos Saxonum scabinatus provocationes, jurisque ipsius saxonici tanta jam liberat auctoritas, quanta olim adhuc nunquam fuerat. Quandoquidem cum Silesia a Polonis posthabita, virilisque inde immixta turbis, tandem sub Henrico VI. duce Silesiae anno 1327. sceptro bohemico se subjecisset, vid. Henel. *Brest. c.* 5. *p.* 40. statim quoque hujus ipsius principis jussu polonici mores ex terris, quarum Dominus erat, solenni edicto migrare jubebantur, id quod ex privilegio Vratislaviensibus dato satis patet, cujus partem maxime huc spectan em exhibuit Schiford. *cit. tr. qu. 4. p.* 230. Ex quo tempore vero ipse rex Bohemiae an. 1337. Silesiae dominus re ipsa fiebat, vratislaviensi inprimis reipublicae, hoc quod Henricus agere inceperat, plenius confirmabat, peculiari constitutione Polonorum consuetudines ex isto ducatu penitus proscribendos. Non ingratum fore credidi, si ipsius privilegii tenorem, etsi germanico saltem idiomate b. l. exhiberem, cum authentici textus, qui haud dubie latinus est, particeps fieri haud potuerim, habet se autem sequentem in modum: *In Gottes Nahmen amen. Wir Johann von Gottes Gnaden, König zu Behem und Graff zu Lützelburg, zu aller der gegenwaertigen und zukünfftigen Bekuentnisse dieses Brieffes, wollen wir bekennen, dass wir unsern getreuen und lieben Rathmannen der Stadt zu Bresslau und der Einwohner desselben Landes mannigfaltige Klage gehoret haben, dass sie beyde Bürger und Einwohner in dem Polnischen Gerichte, da sie Jude genennet ist, umb Schuld mit mancherley gepfehle genöthet seyn bisshero, darumb begehren wir eine solche ungebe Beschwerunge und unbillige Pfedunge abzunehmen, das vorgesprochene Polnische Recht oder Zude verrichten Wir und vertilgen in diesem Brieffe, wollende, dass hinmand dem andern förter mehr umb Shuld oder umb ein ezliche andere Sachen in derselben Zude antworten in keiner Weise. Dabey beschliessen Wir, dass in der die Leute und die Bürger von Breslau, in das Landgerichte zu Bresslau umb Schuld und umb andere Sachen die sich erhoben han und noch erheben, in der Stadt und Weichbilde zu Bresslau und in dasselbe antworten nachdem als es recht wird. Zu dieser Dinge ewige Besteligunge haben Wir diesen Brieff heissen schreiben, und mit Unserm Insiegel verfestiret. Geben zu Bresslau an dem andern Tage des obersten Tages Unsers Herren nach seiner Geburth.* Annus equidem non adjectus reperitur, facile tamen hic defectus suppleri poterit ex Schickfusio qui *lib. 22. c. 3. p.* 280. annum 1333. ponit.

§. 10. Nostri non est instituti, hic prolixius investigare, qualia Polonorum jura proprie fuerint, et quibusnam in negotiis eorum valor esse potissimum exercuerit, forte et paucissima de iis asserere licebit, cum Schifordegherus vir hac in re versatissimus l. c. multis conqueratur, scriptorum maxime Polonorum incuria factum esse, ut parum aut nihil amplius de illo nobis constet; interim tamen hoc ipsum judicium Czudense, cujus memoratum privilegium in specie mentionem facit, eo referendum esse, dubio caret; de quo pluribus videas supra allegatum disserl. dn. Schoberi *de feud. ducal. Siles. suid. et jur. p.* 8. Uti vero hae ratione polonica, jura in Silesia evilescebant, ita e contrario non solum omnia privilegia et immunitates a rege Bohemiae Vratislaviensibus plenissime confirmabantur (forte ut reliquus Silesiorum populus eo facilius Bohemiae quoque se submitteret) sed illis per specialem concessionem quoque haec libertas dabatur, ut ipsi pro arbitrio ad utilitatem et commodum patriae promovendum jus quoddam provinciale conscriberent, quod ipsum circa medium sec. XIV. re ipsa quoque adeo in effectum deducebatur, ut sex ad hoc negotium viris prudentibus destinatis, quorum tres ipsa Urbs vratislaviensis ex suis civibus, reliquos vero tres ordo nobilium elegerant, varia ex speculo saxonico colligerentur, quae sub 13. capitibus comprehensa peculiare quoddam jus provinciale constituebant. Cur vero illud publicam auctoritatem non habuerit, me latet, forte quoniam aut publicatum aut a summo imperante confirmatum fuit; hi rei tamen memoriam ipsum exemplar mscrtum adhuc hodie inter alia bibliothecae rhedigerianae variora Vratislaviae asservatur, id quod testatur vir clarissimus dn. Kranzius *in memorabil. bibliothecae. Elisabeth. p.* 84.

§. 11. Quod ipsas provocationes e Silesia ad Saxonum judicia attinet, illud certissimum credimus, multo tempore prius easdem ad hos scabinatus prius fuisse, quam quo ex Contingii sententia illi ortum traxisse debebant. Diximus jam supra cap. praeced. circa finem hac de re pluribus, et si vel unicum testimonium eorum scabinorum magdeburgensium a

Schickfus. lib. 5. p. 331. exhibitum, addiscamus, quo profitentur: *civitatem vratislaviensem longaevo tempore, cujus memoria apud tunc viventes non extet, juri oppidano seu civili magdeburgensi fuisse subjectam*, difficulter admodum stare poterit sententia Conringii. Legitur in fine illius testimonii annus 1369. inde si tunc temporis viventium memoriam effugit harum provocationum initium, integro fere seculo prius eo jam appellatum erit, ita vero dimidium sec. XIII. pro primo termino ponendum esset, ad quod tamen Conringius sub verbis: paulo ante sec. XIV. respexisse haud credibile est. Initio equidem ex mero compromittentium spontaneo consensu, sententias definitivas a nominatis judiciis petitas fuisse, admodum probabile videtur, connivantibus iis apud quos regimen et imperium erat, postea tamen peculiares principum constitutiones idem fieri voluerunt; uti vel ex solo Bolkonis ducis schwidnicensis exemplo patet, cujus meminit Schiford. *l. c. p.* 257. unde horum scabinatum auctoritas ingens erat, non tamen sine ulla limitatione, prout statim *cap. sequ.* §. 2. dicemus, sec. tandem XVI. omnis hic judiciorum splendor quod Silesiam penitus evanescebat, angustissimae memoriae imperatore Ferdinando I. idem quod Casimirus quondam in Polonia egerat, quoad Silesiam suam statuendo, dum sc. anno 1548. novum appellationis senatum in civitate pragensi constitueret, ad quem neglectis Saxonum judiciis tantum recurrere, et ultimas controversiarum decisiones inde expetere debebant cum reliquis Bohemis Silesii, quod uti statim re ipsa in effectum deductum est, ita ad praesentem usque aetatem ad hoc Pragensium provocationis tribunal Silesios confugere ipsa praxis quotidiana hucusque satis comprobavit, iis autem judiciis, quae jure quod vocant inappellabilitatis gaudent, per specialia privilegia illud concessum fuit, cujus rei exempla quaedam vid. apud Weingart. *in fasc. dis. jur. part.* 1. *p.* 79. *it. p.* 83. Similia leges apud Henelium Sil. *c.* 8. *p.* 99. Quibus certo modo jungi potest Schiford. *l. c. qu.* 6. circa finem §. 13. Antequam huic capiti finem imponamus, vel tribus saltem verbis adhuc moneamus, ex iis quae hactenus dicta sunt, nunc satis patere, omnem de jure saxonico nostrum sermonem tantum de jure communi saxonico intelligendum esse, penitus exclusis constitutionibus, quae electoralia jura in se comprehendunt, haec enim ad Silesiam nostram plane non pertinere, eo minus probatione indiget, quo certius est, extra electoratum nequidem in ipsa Saxonia ea valere, nisi eorundem receptio sufficienter probaretur, qua de re passim ipsi Jcti sax. testantur. In Silesia vero illa unquam recepta fuisse, non magis verum est ac illud, Silesios unquam Saxoniae electoribus subditos fuisse. conf. omnino Mauritius *part. II. cons.* 7. n. 3. Vid. et Conr. Sinc. *diss. epist. de orig. Germ. II. p.* 35. Juris interim saxonici feudalis quod nullam plane mentionem injecerimus ratio haud fuit, quod forsitan usus illius in Silesia nullus esset, quin potius quod omnia quae hic dici potuissent plenius jam exposita sint in dissert. supra cit. *de feud. ducat. Siles. Schwid. et jaur.* civis nostri dn. Schoberi.

CAPUT III.

De auctoritate juris saxonici in Silesia.

SUMMARIA

Jus saxonicum mutato provocationis judicio non fuit abrogatum. Quod probatur. §. 1.
Obligat ex mera receptione. Tamquam jus commune. §. 2.
Quod illustratur. Et probatur ex testimonio Maximil. Ildi. §. 3.
Ex connexitate statutorum cum jure sax. §. 4.
Ex usu inter ipsos principes. §. 5.
Ex attestato curiae supremae. §. 6.
Hinc obligat deficientibus statutis et ordinat. prov. §. 7.
Praefertur juri civili romano. §. 8.
Etiam in contradictorio. Cum in dubio pro jure sax. praesumatur. Deficiente jur. sax. et ejus ratione ad jus rom. recurritur. §. 9.
Statuta ex jure sax. interpretanda. Praesertim si statutum sit favorabile. §. 10.
De consuetudinibus sax. Valent in Silesia, si non sint novi juris inductivae. De glossis. §. 11.
De praxi moderna. §. 12.
De observantia recessuum imperii. §. 13.

§. 1. Cum omnis noster in hoc capite labor eo tendere debeat, ut quoniam fieri possit valorem et vim obligandi monstremus, quae jura saxonica in Silesia habere possint, quaestio haec quasi praejudicialis adhuc enodanda est, num sc. ubi, per laudatissimum imperatorem Ferdinandum omnes per omnem Silesiam provocationes ad saxonica judicia inhibebantur, eo ipso simul jura saxonica abrogata fuerint? frustra enim quaeritur, quousque quid valeat, si non constet, an penitus valeat. Et sane nihil minus augustissimum imper. quam hoc ipsum intendisse palam est. Hoc sc. aliis notissimi juris est, ut si lex aliqua aut consuetudo, quae pro lege hactenus invaluerat per novas leges abrogata dici debeat, ipsa abrogatio expressis verbis facta sit. b. Brunnem. *Com. in cod. constit. de cod. confirm. p.* 2. *n.* 5. Quodsi igitur ad ipsum divi Ferdinandi rescriptum attendimus, cujus praecipua capita Schifordegerus *tr. cit. qu.* 6. recensuit, nemo reperiet, aliquid ibi deprehendetur, ut potius quam saluberrime sanciti sit, senatum pragensem noviter ibidem institutum cognoscere debere secundum morem cujusque loci, mores et leges; unde jam sua sponte fluit, si in pronunciando mores provinciarum negligi nequeant, eo ipso potius stabilitum quam abrogatum fuisse jus saxonicum in Silesia ab antiqua tempore receptum, id quod alias etiam juri conveniens est, ut judex appellationis teneatur judicare secundum statuta et consuetudines judiciorum a quibus provocatum fuit. conf. dn. Strykius *dissert. de Styla curiae c.* 4. *n.* 18. Atque adeo cum nulla summae majestatis contraria dispositio monstrari queat, non magis inutiliter quam temere ageret, qui talia contra mentem Majoris effingere non erubesceret, cujus tamen voluntas nobis inviolabilis esse debet. conf. huc quo-

que *l. 8. ff. de publ. in rem act.* Quid quod haec argumentandi ratio maxime vacillaret, si a mutato provocationis modo ad jura mutata quis concluderet, cum haec plane diversissima sint, et ordo tractandi causas in judiciis innumeris modis variari queat, salvis iisdem juribus et consuetudinibus; cum ergo a diversis ad diversa nulla valeat consequentia, multo minus hoc in interpretatione II. a summo principe datarum procedet, quae maxime in prohibitivis tamquam odiosis ultra casus expressos non sunt extendendae conf. Rerum b. dn. Brunn *n. ad l. un. c. de colon. thrac. lib. 2. add. c. odia de r. j. in 6.* unde potius notissimae juris civilis regulae quoad jus saxonicum in Silesia semper locum erit, quod illud adhuc firmum stare debeat quia non abrogatum *l. sancimus 27. c. de test.*

§. 2. Dum igitur huic juri valorem suum in Silesia asserimus, videndum jam erit, quo fundamento ille potissimum nitatur, et quousque sese extendat. Quod prius attinet, indubium est, jus saxonicum ratione principii sui nullam obligandi vim unquam in Silesia habuisse. Quo ratione antiquis temporibus illud sensim sensimque ex mero utentium beneplacito, principum postea privilegiis multo, in Silesia invaluerit, cap. praeced. diximus, ut adeo ex hac spontanea prorsus receptione ad vim obligandi extraneam argumentari frustraneum imo absurdum foret. Taceo Silesiam nunquam Saxoniae paruisse, taceo ipsos Silesiae duces, quibus in sibi subditos, plenissima jurisdictio in villis aeque ac civitatibus competebat, vid. Schiford. *de jurisd. quae fuit olim in Siles. qu. 1. pag.* 430. saepius per privilegia et rescripta expresse huic juri derogasse, vid. id. *disp. for. l. 1. tr. 30. qu. 5.* hoc unicum sufficiat, haud quaquam scabinorum saxonicorum sententias, etsi vel maxime per modum justae appellationis latas, tantam in Silesia habuisse auctoritatem, ut simpliciter eas tamquam litis decisorias agnoscere necessum fuerit, nullaque modo ab iis recedere judicibus licuerit; *honorarium enim tantum hoc fuisse arbitrium, quodque non prius vim plenae sententiae quam a judice enunciatum habuerit*, eleganter annotavit Henelius *Siles. c. 8. p.* 104. Insigne admodum hujus rei exemplum legas apud Schickfusium *chr. lib. 3. c. 22. p.* 250. ubi quoad jura Sax. ab Henrico III. Vratislaviensibus concessa, expresse haec verba leguntur: *Doch soll die Deutung derselben Magdeburgischen Rechten den Fürsten und den Bürgern zu Breslau zu vorbehalten seyn.* Ita quoque apud Schiford egregium invenias exemplum de Henrico, forte VI. (uti ex anno 1327. qui ibi legitur colligere licet) qui dum in dase ibi proposito se sententiam definitivam a Magdeburgensibus accersivisse profitetur, tandem in fine adhuc subjicit: *Quam sententiam ratificamus praesentium et firmavimus per tenorem.* Ut adeo verissimum sit, jura saxonica ratione originis penitus ad Silesiam non pertinere, sed omnem ejus auctoritatem ex sola ibi receptione dependere, plane ad exemplum juris civilis justinianei, cujus in Germania valor eodem nititur fundamento, vid. omnino dn. Strykius *in praecog. jur. p. 43.* conf. huc quoque illustr. dn. Rhetius *jur. publ. lib. 2. tit. 3. §. 25. p.* 385. Quemadmodum vero haec receptio per omnem sese extendens Silesiam, usum simul ipsius juris sax. frequentissimum reddebat, ita hic ipse insignis adeo applausus tandem effecit, ut juris communis et nomen et valorem in hunc usque diem ibidem acceperit, in quam rem, quia reliquae conclusiones fere non omnes inde fluunt, tamquam praecipuum illarum fundamentum paulo distinctius jam inquirendum erit.

§. 3. Si de omnibus Silesiae ducatibus indistincte probari possit, introductionem juris saxonici in illis solemniter factam esse, res per se clara esset, illud ipsum juris communis autoritatem modo quodam eminentiori promereri, sed quia hoc per cap. praeced. dicta de quibusdam Silesiae inprimis superioris ducatibus adeo clare monstrari nequit, dubium videri posset, an jus saxonicum pro tali in Silesia haberi queat, quia non ubique introductum? inprimis cum essentiale juris communis hoc sit, ut non magis haec vel illa pars provinciae, sed potius illa ipsa tota, cujus respectu ita dicitur, illud pro communi agnoscat. Enimvero si negari non potest, nominatos quoque ducatus sec. ad minimum 13. antequam ad Bohemiam transirent, cum Silesiis aut. etiam Polonis jura sax. agnovisse cum utrique illo jam uterentur conf. supra *cap. 2. §. 6.* non video, dum non magis ipsa receptio quam potius solemnior confirmatio his ducatibus deesse videtur, cur ideo jus sax. pro communi totius Silesiae haberi non debeat, cum vel solus usus ad hoc sufficiat. Ponamus vero multa postmodum ex jure bohemico ibi obtinuisse, ponamus etiam per ipsas ordinationes provinciales et statuta particularia illi maximam partem derogatum fuisse, anne vero inde inferri potest: ergo jus saxonicum ibi penitus abrogatum est? certe quemadmodum consequentia nondum apparet, ita multo minus pro hac ulla militabit praesumptio, incumbet igitur alleganti probare, jus bohemicum tunc temporis ita introductum fuisse, ut jus saxonicum penitus in istis terris cessare debeat. Hoc enim nemo negaverit in decidendis causis prout semper fieri debet, ita in istis quoque ducatibus ad jura statutaria et ordinationes provinciales prius recurrendum esse, quam quidem ad jus commune, cum hoc semper iis in casibus tantum in subsidium vocetur, ubi reliqua proximiora jura silent, per quae huic poterit esse derogatum. Indeque quamdiu istae leges provinciales ad decidendas litigantium causas sufficiunt, tandiu etiam usus juris communis cessabit, etsi non dici possit, illud plane non valere, quia in casibus obvenientibus ejus subsidio superedere potuimus. Ex quo jam patet, cum apud Weingartium *fusc. div. jur. lib. 1. p.* 32. generaliter asseratur: in ducatibus ibi recensitis, puta oppolensi, ratibor. etc. item delsnensi jura saxonica ideo non valere, quod cuivis horum ducatuum peculiares sint ordinationes provinciales, haec omnia eo restringenda esse, si secus propositus in dictis ordinationibus aliter decisus reperiatur, alias enim jus civile romanum in Saxonia quoque in subsidium valere non posset, quia huic provinciae maxime legibus provincialibus et electoralibus prospectum est, cum tamen verissimum sit, in defectu juris saxon. duri romano locum relinqui, id quod testantur ipsi Juri saxon. Harim. Pist. *lib. 1. quaest. 82. n. 8.* Coler. *decis. germ. 135. n. 11.* Carpz. *p. 2. c. 16. def. 15.* conf. et Schroer *inst. tut. p. 1. qu. 8. n. 11. p. 61. et p. 1. qu. 15. n. 6. p. 133.* accedit et hoc, quod haud facile privilegium aliquod

aut alia constitutio adduci possit, in qua expresse abrogatum fuerit jus sax. in istis ducatibus, ut potius in ipsis legibus provincialibus varia subinde reperiantur, quae ex jure saxonico desumpta, ad statum istarum rerumpublicarum applicata fuerunt. Omnia vero hactenus dicta quam efficacissime corroborat ipsum testimonium divi imperatoris Maximiliani II. Qui in privilegio ducatui munsterbergensi anno 1570. concesso non solum ipse expresse mandavit, ut in dijudicandis causis ad saxonica jura attendatur, sed simul ad communem totius Silesiae praxin provocavit: ibi. *dasjenige hierin erkannt und gehandelt werden, wie nach gemeinen und Sachsen Recht in gantz Schlesien der Gebrauch etc.* Vid. hoc privil. apud Schickf. *lib. 3. c. 30. p. 502.* it. Weingart. *lib. 2. p. 149. et sequ.* ubi igitur de tota Silesia hic sermo est, haud facile sine sufficienti contrarii probatione supra nominatos ducatus a praxi juris saxonici quamquam subsidiaria eximus.

§. 4. Quodsi jam ipsas ducatuum ordinationes provinciales, privilegia, et statuta paulo penitius inspicere, et eorumdem convenientiam cum jure saxonico examinare vellemus, manifeste pateret, fere non in omnibus quaedam reperiri, quae tantum a jure saxonico derivanda sunt. Exempla hujus rei potissimum in materia successionis occurrunt. Ita enim non solum videas, passim in genere sancitum esse, ut si casus eveniant, qui in dictis ordinationibus nondum decisi fuerint, illi ex usitato hactenus jure saxonico decidi debeant: *Sie sollen nach Inhalt oder Verordnung Landüblicher Saechsischer Rechte.* Item: *Nach beschriebenen gebraeuchlichen Saechsischen Rechten decidirt oder geörtert werden.* Vid. ord. prov. ducat. Olsn. *part. 1. art. 2.* Weingart. *lib. 2. p. 177.* It. statutum schwidnicense *de anno 1587. rubr. Ernstlicher Raths Befehl, dass Advocaten procuratores etc. sich den Privilegiis und Statutis in Erbfaellen gemaess verhalten sollen. Kirchen Recht art. 9.* Weingart. *p. 352. Bischoffl. Bressl. Lands Ordn. des Bressl. Haldes art. 3.* Idem *p. 424.* sed etiam in specie quoad geradam et heergewettam, quae originem suam unice saxonico juri debent, vid. *Land Recht. lib. 3. art. 15.* conf. Goldbeck. *de gerada* plurima ibidem leguntur. Vid. statuta Wratisl. *p. 11. art. 7.* statut. schwidnic. Weingart. *p. 298.* Olsn. *Landes Ordnung p. 3. art. 8. id. pag. 180. Kirchen Recht art. 3. id. p. 251.* De dotalitio vid. *Ord. provinc. ducat. oppol. et rattib. art. 14.* Weingart. *p. 231. Kayserlicher Recess. der Fürrtenthümer Troppau und Jaegerndorff. art. 10 id. p. 343.* Olsn. l. Ord. *p. 3. art. 11. id. pag. 181.* Mittimus jam alia quae commodissime huc quoque trahi potuissent, puta de morgengaba et rebus cibariis, de successione mariti in bona conjugis defunctae mobilia etc. quae ex jure sax. deprompta passim in ordinationibus prov. cum restricta tum amplista reperiuntur; studio enim ab his recensendis abstinemus, cum quivis facile concesserit, in statutis et ll. prov. multa ex jure sax. derivanda reperiri, objicere tamen posse inde juri sax. nullam in Silesia auctoritatem acquiri, cum hae leges non ut saxonicae, sed ut statutariae valeant: ast uti hoc lubentissime concedimus, ita haec omnia haud alii fini etiam nobis inservire debent, quam ut eo firmius inde concludere liceat, in dubio interpretationem ex jure saxonico tamquam communi petendam esse, cum adeo aperte pateat, statuentes in condendis legibus provincial. maxime ad illud tamquam Silesiae commune respexisse, conf. dn. Strykius *praef. not. ad laut verb. declarantur. p. 2.*

§. 5. Hoc alias indubium est, principes ipsos in causis quoque propriis nullum aliud jus magis obligare posse, quam quidem commune, illius sc. reipublicae, cujus sunt membra, cum neque statutorum neque aliarum legum provincialium dispositiones ad illos extendi queant, conf. omnino dn. Strykius *disc. prael. us. mod. §. 4. p. 33.* ut adeo pro regula fere accipiendum sit: ex usu principum jus commune cognosci posse. Quodsi itaque jus saxonicum in Silesia pro communi habendum est, haud dubie quoque illius usus ipsis principibus non incognitus erit. Et ita sane omnino sese res habet. Non solum enim sec. adhuc XV. Bohemorum rex Vladislaus, jus quod ipsi in Silesia principes competeret ex jure saxonico derivabat, aegre sc. ferens ordines de capite principis Oppoliensium Nicolai udicasse se inconsulto, quod tamen secundum leges saxonicas prohibitum erat, vid. Henel. *Siles. c. 8. p. 99.* Sed et augustissimae memoriae imperator Rudolphus II. ex hoc ipso fundamento, quod jus saxonicum in Silesia pro communi valeret, pactum speciale tabulis nuptialibus Friderici IV. ducis Siles. lignicensis et Sidoniae Mariae ducis teschinensis confirmare nolebat, quod cum jure saxonico pugnaret; maxime notabilia sunt verba, quibus tunc usus est laudatissimus imperator, et ita se habent: *Weil solche Special Convention nicht allein der Schlesischen Constitution, sondern den üblichen Saechsischen Rechten, auch also dem bisher jederzeit in den Schlesischen Fürstenthümern unter Fürsten und andern fürnehmen Personen erhaltenem Gebrauch zuwider. Wie denn auch Sie die Hertzogen solcher Constitution und Landes Gebrauch unterworffen — dass es dissfalls allerdings dem Landes Gebrauch nach — gehalten werden solle* vid. omnino Henel. *de Dodulit. c. 6. §. 18. p. 157.* conf. et dn. Schilterus *de investitura principum simultanea §. 4.* quod testimonium; cum iterum a supremo Silesiae domino profectum sit, nobis satis sufficere deberet, ut jus saxonicum pro communi in Silesia agnoscamus, vix enim augustissimus hic imperator adeo rigorose in ipsis principum causis ad jus saxonicum provocasset, nisi hujus tamquam juris communis obligatio ad illos quoque pertinuisset.

§. 6. Non urgebimus igitur amplius leviora argumenta, quae huc forte facere possent, quin potius coronidis quasi loco sufficientissimum de juris saxonici in Silesia valore attestatum adhuc annectemus, quod ab ipsa curia suprema ante annos non adeo multos super hac re datum est, cujus tenor sequens: *Der Röm. und Kayserl. auch zu Hungern und Böheimb Königliche Majestaet Rath und Ober-Amtsverwalter, Wir Sebastian von G. G. Bischoff zu Bresslau, wie auch Cantzler und Raethe bey Dero Königlichen Ober-Ampte im Hertzogthum Ober-und Nieder-Schlesien, bekennen hiemit, demnach uns* (Tit.) *Herr Heinrich Wentzel von Nowacke, Freyherr auff und zu Friedland, Herrendorff etc. Was Gestalt er in einer vorgeflossenen Rechts Angelegenheit eines gewissen Attestats, ob in dem Lande Schlessien das jus saxoni-*

cum commune et magdeburgicum recipirt sey? und nach solchen, wenn nicht die Jura provincialia oder Statuta derogatoria eingeführt, judicirt werde? benöthiget waere, gehorsamst vorgebracht, und umb solches Ertheilung gebethen. Und nun bekande und offenbar, dass in erwehnten diesen Landen befugtes jus Sax. Magdeburg. Nachdeme nicht die statuta localia und andere observantia derogiren von Alters her recipirt sey und observiret werde, als haben wir ihme dieses Attestatum hiemit unter dem Koniglichen Ober-Amts-Secret *und gewohnlichen Unterschrifft ausfertigen und zustellen lassen. Geben Bresslau den* 22. *april.* 1671. Hincque non immerito forte jamjam concludimus: et hodienum adhuc jus saxonicum in Silesia pro communi accipiendum esse, utpote quod non solum olim usu frequentissimo invaluit, sed postmodum quoque principum privilegiis munitum, a summis tandem imperantibus aperte taciteque confirmatum corroboratumque fuit.

§. 7. His vero ita positis sponte sua fluit, jus saxonicum tunc ad decisionem causarum omnino admittendum esse, si statuta localia, et ordinationes provinciarum, aliaque principum placita casum propositum non decidant. conf. Henel. *Siles. c.* 8. Schroer. *instit. tut. prooem. pag.* 4. ad haec enim omnia vel ideo maxime attendendum erit, quod saepius in iisdem per contrariam dispositionem juri saxonico tacite derogatum fuerit, id quod etiam olim Johannes Lucenburgen. Bohemiae rex expresse egerat, dum jus repraesentationis in fratrum liberis contra jus magdeburgense observari jubebat, annotante Henel. *Breslog. p.* 41. Cumque nostris moribus praxis fori circa hanc dispositionem admodum dubia esset, invictissimus tandem imperator Leopoldus peculiarem sanctionem pragmaticam anno 1696. d. 31. octobr. promulgari fecit, qua clementissime voluit, ut non obstante jure saxonico, tamen jus commune civile quoad successionem simultaneam fratris liberorum cum patruis, in omnibus indistincte Silesiae judiciis custodiatur ibi: *Das jus repraesentationis statt haben, und die Brüder oder Schwestern den Staemmen nach zu denen Erbschafften gelassen, auch von nun an in allen Schlesischen Judiciis und Gerichten also geurtheilet und gesprochen werden solle.* Pertinet igitur huc quoque ordinatio politica felicissimae memoriae imperatoris Rudolphi IIdi de anno 1577. utpote quae de arrestis inprimis specialia quaedam habeus, omni Silesiae data, in singulis quoque ducatibus quoad casus ibi occurrentes juri sax. praeferenda erit, nisi forte specialia privilegia, vel aliae ordinationes jam confirmatae obstent, quibus laudatissimus imperator neutiquam praejudicare voluit. Vid. ipsam ordinat. apud Schickfus. *lit.* 3. *p.* 255. 263. ubi verba finalia maxime haec evincunt. vid. et Schroeer. *inst. tut. p.* 1. *qu.* 30.

§. 8. Interim tamen uti in horum omnium defectu jus saxonicum demum valere potest, ita e contrario praerogativa gaudet prae jure civili romano. Hoc enim cum in ipso quoque imperio, ad quod praecipue spectat, haud aliter suam vim obligandi exerat, quam si antiquiores mores et notoriae aliae consuetudines non adsint vid. recess. imper. *de anno* 1654. §. *benebens sollen* 105. ut adeo tali casu maxime subsidiaria ejus sit obligatio, vid. Cour. Sine. *diss. epist. p.* 58. Conring. *de o. j. g. c.* 33. *p.* 212. longe verius esse credo illud in Silesia haud majorem habere quoque posse auctoritatem, cum haec ipsa provincia tamquam Bohemiae unita immediate ad imperium non pertineat. Henel. *Siles. p.* 83. Cur itaque diceremus per jus romanum valorem juris saxonici in Silesia imminui debere, cum tamen verissimum sit, quod hoc ab antiquissimis temporibus semper ibi obtinuerit, et dudum auctoritatem juris communis habuerit, antequam jus romanum ibidem, ne dicam in reliqua Germania observari consuevisset. Quo magis itaque verum est jus romanum aliquot seculis recentius esse quoad Silesiam, ipso jure saxonico, eo magis non solum pro hoc semper militabit antiqui valoris praesumptio, sed hic ipse valor re ipsa quoque tamdiu firmus salvusque stabit, quamdiu non probatum est, per jus romanum alios mores exclusive introductos veteresque penitus abrogatos esse; haec enim in meris factis consistunt, nec aliter nisi legitime probata admitti possunt. Unde nam vero haec probari poterunt, neque in ipso imperio antiquas consuetudines per jus romanum abrogatas fuisse modo diximus, multo minus ergo in Silesia, neque unquam augustissimos imperatores tamquam supremos Silesiae dominos, proprio quodam motu et speciali voluntate id quoad patriam nostram in genere egisse constat, ut potius quotiescumque lex aliqua juris saxonici immutanda fuit, id vel peculiari quadam sanctione pragmatica vel aliis rescriptis quam clementissime publicari fecerint, cujus rei exemplum paulo ante dedimus, certissimo sane indicio, per hoc ipsum quod in hoc vel illo casu proposito saltem contrarium placuerit, in reliquis capitibus juri communi saxonico auctoritatem suam salvam esse debere. Neque etiam assertio nostra ipsis statutis et ord. prov. contrariatur, ita enim in statut. civitatis suidnicens. de anno 1583. supra §. 4. *jam cit. circa finem* expresse haec verba leguntur: *Was in solchen Privilegiis und Statuten nicht begriffen, soll es nach der Stadt Begnadung den Magdeburgischen Rechten, und in welchen Faellen die nicht disponirt, Nachmals erst nach den beschriebenen* Kayser-Rechten *gemaess gehalten werden.* Plane similia invenies in ord. provinc. Sagauensi art. X. ibi: *alsdenn nach beschriebenen* Kayserlichen Rechten *etc.* vid. Weingart. *lib.* 2. *pag.* 418. Stabit itaque juri romano caesareo et in Silesia quoque sua auctoritas, justo tamen ordine, ita sc. ut deficiente demum jure sax. ad illud recurratur, quod ipsum respectu Silesiae tantum valet, quantum jus romanum intuitu totius imperii.

§. 8. Hinc porro patet, quid statuendum, si in casu proposito jus saxonicum juri civili contrarietur, utrumque tamen jus a litigantibus sibi opponatur, cuinam horum probatio observantiae competat. Scilicet quamdiu jus saxonicum allegans, etiam ad solam ejus observantiae praesumptionem provocat, tamdiu quoque ejus intentionem ita fundatam esse credimus, ut ab omni observantiae probatione immunis sit; ratio manifesta est, quod pro jure communi semper militet observantiae praesumptio, hincque probatione non indigeat, Carpz. *p.* 2. *decis.* 101. Dn. Praeses *not. ad Lauterb. tit. de ll. verb. observantia pag.* 28. ast ubi alter tantam praesumptionem per hactenus dicta pro se allegare nequit, necesse erit, ut eamdem per probationem contrarii plenissime elidat, alias enim un-

damentum intentionis suae non erit liquidum, quod cum negativum sit, hic probari debebit Carpz. *p.* 2. *c.* 18. *def.* 15. *n.* 6. *it. p.* 3. *c.* 13. *def.* 10. *n.* 5. Neque etiam inde juvabitur, si vel maxime monstraverit, hactenus exemplum non occurrisse, ubi in casu proposito secundum jus saxonicum pronunciatum fuerit, solus enim non usus non tollit legem, sed usus contrarius, eodem igitur res recidit, quia si lex ipsa nondum sublata est, praesumptio quoque pro ejus observantia adhuc firma est, probandum itaque iterum erit, vel legem expresse latam et publicatam esse, vi cujus hactenus consueti juris usus cessare debuerit, aut consuetudine saltem de jure subsistente factum esse, ut casus obvenientes, qui clare et evidenter ex jure sax. decidi poterant, contrariam tamen juris romani dispositionem admiserint. Expressam vero hujusmodi legem nemo forte monstrare poterit, quodsi vero talis consuetudo ad minimum in hoc vel illo foro probari posset, non exinde hoc ipsi auctoritati juris romani quam potius nudae consuetudini forensi adscribes, quae et alio modo juri sax. derogare potuisset, si vel maxime jus romanum occasionem non dederit, indubium quippe est, quamcumque consuetudinem prout ipsa statuta localia vim legis habere, quibus probatis ordinarie jura communia cedunt, sunt enim illa ipsa instar juris communis, ad minimum ratione illius loci et fori ubi vigent. Carpz. *p.* 3. *c.* 20. *def.* 6. *n.* 4. *it. p.* 2. *c.* 14. *def.* 53. *n.* 1. Coler. de proc. execut. *p.* 1. *c.* 3. *n.* 52. Quod vero diximus deficiente jure saxonico ad jus romanum recurrendum esse, non ita indistincte quoque accipi debet, ac si simpliciter nullo ad rationem hujus juris prius habito respectu eo confugiendum sit, in hanc enim necessario inquirere debebimus, cum saepissime eveniat, ut verba juris deficiant, ubi tamen ratio non deficit, prout monitum fuit a dn. Praeside *disc. prael. us. mod.* §. 32. *p* 25.

§. 9. Ex hoc fundamento quod jus saxonicum in Silesia pro communi valeat, porro sequitur, leges statutarias, si dubiam interpretationem admittant, ex hoc ipso explicationem perspicuiorem recipere. Statuentes enim semper creduntur in tantum, quantum salvo reipublicae suae statu fieri potuit, ad illud respexisse. Dn. Praeses *praef. not. ad Lauterb. p.* 3. Monstravimus jam supra §. 4. pluribus exemplis, multa admodum in statutis obvenientia ex jure saxonico derivanda esse, longe clarius vero de hac statuentium mente constat ex verbis *der Bressl. Executions Ordnung de anno* 1626. *ibi*: *Umb denen ohne dits Landublichen Saechsischen Processen etwass naeher zu kommen.* Ut adeo nisi ipsis statutis sensum plane alienum affingere velimus, haud alio quam ad eos fontes in dubio recurrere possimus, ex quibus illa desumpta. Semper enim statuta ex intentione statuentis intelligenda esse dubio caret, et de jure civili romano pariter ac canonico quoque certum est *l.* 6. §. *quamvis ff. de jure patron. it. l. si quis* 3. *c. de lib. praeterit. etc. certum est. ult. de reg. jur. in* 6. Eo magis vero interpretatio ex jure saxonico locum inveniet, quo favorabilius forte statutum inde fieri possit, odiosus vero ex interpretatione juris romani redderetur, quod, uti deficiente demum jure saxonico, hujusque ratione, ultimo per hactenus dicta in subsidium vocatur, ita duriori sua decisione hujus benigniori sententiae nequaquam derogare poterit, cum alias ipsa jura civilia in dubio id praesumi velint, quod est favorabilius *arg. l.* 74 *ff. de o. et a. add. l.* 8. *c. de judic.* Sed an ideone dicemus jus civile saxonico praeferri debere, si contrarium obtineat, et favorabilior ejus prae saxonico sit decisio? Ita sane dicendum esset, nisi interpretatio statutorum semper ita fieri deberet, ut quam minime a jure communi recedat Carpzov. *l.* 2. *resp.* 41. *n.* 5. Zoes. *comment. in ff. de const. princ. n.* 36. ex quo satis patet, si vel maxime durior interpretatio emergat, tamen eamdem amplectendam esse, quia intentioni statuentium propius accedit, qui primarius omnis hujus negotii finis est. Quodsi tamen plane ex jure sax. dubium tolli nequeat, illud vero ex jure civili clarius fieri possit, omnino ejus interpretatio admitti debet, neque quis desiderare poterit, ut particulam illam ex qua forte explicatio desumpta, in foro quoque receptam esse probet, quia juris romani sit, tali enim casu non magis probandum foret, jus romanum quam potius statutum ipsum usu forensi involuisse, pro quo tamen maxime praesumptio est observantiae, cum omnibus horis loquatur et semper in viridi sit observantia Carpz. *p.* 2. *c.* 21. *def.* 10. *n.* 6. Imo cum et pro ipso jure romano observantiae praesumptio in Silesia valeat, modo fortiorem pro jure sax. admiseris, semper quoque ab observantiae probatione erit immunis, qui in illo se fundat ubi jus sax. deficit.

§ 10. Quae hactenus dicta ad leges Saxonum scriptas potissimum pertinent. Non infrequenter autem a Jctis haec quoque quaestio ventilari solet, num consuetudines quoque saxonicae simul in Silesia eamdem cum jure scripto auctoritatem habere possint? Placet vero hic omnino sententia Schifordegheri, qui prolixe admodum in hanc rem inquirens distinguit inter consuetudines, quae jus saxonicum saltem declarant aut confirmant, et inter illas, quae plane novum jus introducunt. vid. *lib.* 1. *tr.* 30. *qu. ult. p.* 257. Priores sc. cum neutiquam juri sax. contrariae sint, sed potius unum idemque jus cum illo constituant, licet solummodo non scriptum, dubio carebit, quin et in Silesia aeque ac illud valere queant, dum generaliter receptis juris saxonicis haud dubie et illa intelliguntur recepta, quae licet non scripta tamen ad priora pertinent, et cum illis concordant. Neque obstabit, quod omnis consuetudo quia facti est, semper probari debeat, neque pro illa praesumptio sit. Coler. *de proc. exec. part.* 1. *c.* 3. *n.* 31. *p.* 99. fallit enim haec regula, ubi consuetudo notoria est, quae probatione non indiget *Gail. lib.* 1. *observ.* 20. *n.* 16. Carpz. *p.* 2. *c.* 3. *d.* 22. *n.* 4. pro talibus autem dictas consuetudines habendas esse, vel ideo patet, quod non minus notae esse possint quam quidem ipsum jus scriptum, a quo non recedunt. conf. dn. Praeses *disc. prael. us. mod.* § 31. *p.* 25. Longe igitur alio modo se res habet, si quis mores in Saxonia quidem usitatos, a saxonico tamen jure aberrantes pro se allegaverit, hi enim qui plane peregrinum jus inducunt, neutiquam pro jure saxonico venditari poterunt, neque adeo in Silesia ullum valorem habebunt, nisi usu et consuetudine fori eos receptos esse legitime probatum fuerit. Et idem de glossis quoque, quas supra jam examinasse debebamus, ferendum erit judicium, ut sc. haud aliter admittantur, quam si cum ipso textu con-

veniant, nec eidem repugnent, alias enim novum jus constituendo ad saxonicum amplius referri non poterunt. Haud enim tanta est auctoritas glossae juris saxonici quam quidem civilis, cum et ipsi dd. saxonici illarum authentiam saepius in dubium vocent. Heig. *part.* 1. *q.* 3. *n.* 63. Möller *ad const. elect.* 33. *n.* 4. *part.* 3. Caeterum inter nova quoque jura a communi saxonico recedentia referas simul constitutiones et jura electoralia, quae uti supra cap. 2. §. ult. diximus, nunquam in Silesia recepta, ita allegata, plenissima probatione indigent.

§. 11. Caeterum dum toti huic labori nostro jam jam finem imponere meditamur, paucis quoque inquirendum erit, an ipsa praxis etiam et usus forensis respondeat iis, quae hucusque asseruimus. Enimvero haud raro forte urgeri solet, jus saxonicum in Silesia haud aliam auctoritatem habere, quam quae a sola consuetudine fori dependeat, cum in ipsa Saxonia non majorem habeat valorem, adeoque cum pro jure caesareo in provincia caesarea fortissima sit praesumptio, haud citius quoque mores saxonicos admittendos esse, nisi id qui in illis sese fundat, eorum in casu speciali proposito receptionem et usum probet. Caeterum uti ad hoc quod de praesumptione pro jure caesareo dicitur; supra jam responsum est, ita sane si jus saxonicum in Silesia pro communi admittimus, (uti per superius dicta aliter fieri nequit,) difficulter admodum combinari poterit, ut stante hac thesi ejus probatio in casu singulari exigi possit. An vero adeo indistincte a Saxonia ad Silesiam argumentatio subsistat, quod, quia jus sax. ibidem a consuetudine fori probata solum dependet, haud aliter quoque in Silesia admitti possit, adhuc dubito, placet certe sententia dn. Praesidis, qui *disc. prael. us. mod. ff.* §. 31. omnino sententiam ipsius Carpzovii non ita simpliciter admittit, sed onus probandi potius in hunc rejicit, qui contra expressum juris saxonici textum, juris romani observantiam allegat; et, si auctoritas juris sax. in Silesia a moribus Saxonum dependere debet, quid dicemus, si ipsi Saxones forte proprio jure relicto aliud quodpiam, puta romanum recipiant, prout hoc in ducatu brunsvicensi et luneburgensi circa initium praeteriti seculi factum fuisse constat, idemne quoque in Silesia fieri debebit? ratio consequentiae certe est eadem, quae tamen vacillat; eumque jus saxonicum qua tale plane ad Silesiam non spectet, prout supra §. 2. diximus, probandum erit, principes Silesiae quorum et expressa et tacita voluntate jus saxonicum ibi introductum fuit, ea limitatione hoc jus suum fecisse, ut nunquam majorem auctoritatem habere debeat, quam quidem habiturum sit in ipsa Saxonia; quamdiu vero de hac principum intentione non constat, tamdiu quoque absque necessitate non praesupponenda erit.

§. 12. Coronidis loco hoc adhuc subjiciendum, recessus et leges imperii non stringere Silesios, pari modo sicut nec ipsam Bohemiam cujus illa pars est, unde nec rex Bohemiae, utut in electione imperatoria jure suffragii gaudeat, attamen ad deliberationes super capitulatione caesarea non concurrit, cum hae Bohemiam non obligent. Eadem ratio est constitutionis criminalis Caroli V. quae auctoritate sua hic destituitur, nisi quatenus in uno vel altero puncto recepta. Quapropter cum in casu homicidii in ducatu Olsnensi commissi inspectio vulneris per medicum et chirurgum facta et vulnus pro lethali deprehensum fuisset, actis ad scabinatum lipsiensem pro ferenda sententia transmissis, pronunciatum fuit: reum a poena ordinaria absolvendum esse, subjecta decidendi ratione: *Weil die Besichtigung nicht nach Erforderung Kayser Caroli V. Peinliche Halsgerichts-Ordnung in Beyseyn der Gerichte geschehen.* Et cum denuo haec acta ad eumdem scabinatum remitterentur, cum relatione in Silesia aliud hactenus observatum fuisse, quod inspectio vulneris per solos medicos ad hoc negotium deputatos expedita sufficiat, utut nec judex nec Scabini adfuerint: responsum retulerunt a scabinatu: contra constitutionem criminalem non valere consuetudinem contrariam; quasi vero illa constitutio Silesios per modum legis obligaret. Certe ipsi scabini praesentes sint inspectioni sive non, illi tamen de vulneris qualitate judicare nequeunt, sed acquiescere debent medicorum judicio. Cur ergo licet recepta fuisset constitutio criminalis in Silesia, non potuisset quoad hanc circumstantiam contraria consuetudo introduci?

§. 13. Et ita hactenus dicta jamjam sufficiant. Nihil nunc superest, quam ut te b. l. obnixe rogem, velis pro eo quo decet humanitatis jure, hos qualescumque juveniles labores in meliorem partem interpretari, nec minori promptitudine me excusare, si non nulla posuerim, quae cum ipsa praxi forte non ita exacte coincidant; cum enim illa ipsa dubia saepe ac incerta sit, ambiguo adeo fundamento ea quae dicenda erant, haud superstrui posse videbantur; ceterum tamen veritati omni tempore quam lubentissime, a qua ob defectum maturioris aetatis facile aberrare potui, uti enim per omnem vitam nostram discimus, ita mei quoque hac in re desiderii nullus unquam erit

FINIS.

DISPUTATIO NONA

DE LITIS CONTESTATIONE EVENTUALI,

PRO LICENTIA

D. XIII. AUG. MDCCIV.

HEINRICUS HEINSIUS, ADVOCAT. REGIM. MARTISBURG. ORDIN.

SUMMARIA

Necessitas litis contestationis. §. 1.
Quomodo fiat? §. 2.
Quid jure canonico? Quotuplex sit litis contestatio? §. 3.
Divisio in puram et eventualem. §. 4.
Eventualis jure civil. ignota. §. 5.
Jure canon. exceptiones dilatoriae simul opponendae. §. 6.
Quando ll. imperii introducta l. c. eventualis? Factum hoc anno 1570. §. 7.
Quid in Saxonia? §. 8.
Hic praecise lis eventualiter contestanda. §. 9.
Quid protestatio operetur de lite non contestanda. §. 10.
Quid sit l. c. eventualis. §. 11.
De impossibili conditione. §. 12.
L. c. eventualis semper annectenda. Nisi exceptiones sint fori declinatoriae. §. 13.
Sufficit probabilem decinandi forum habuisse causam. §. 14.
Quid si alias exceptiones quam declinatorias opponat? §. 15.
Quid jure recessuum imperii. §. 16.
De except. litis ingressum impedientibus. §. 17.
Quae poena omissae l. c. eventualis? Quid jure communi? §. 18.
In l. c. eventual. obtinent omnia, quae in l. c. in genere observantur. §. 19.
An l. c. e. possit fieri in ultima positione. Quid si reo jam sub poena contumaciae injuncta? §. 20.
L. c. eventualis fieri debet in Saxonia intra septiduum. Quando contumacia sit accusanda. §. 21.
L. c. eventualis effectus. §. 22.
Nec currit terminus probatorius. §. 23.
Nec reus ad litem pure contestandam adstringit. §. 24.
Purificatur l. c. event. conditione impleta. §. 25.
Quando l. c. event. habeatur pro pura? §. 26.
Deficiente habetur pro non facta. §. 27.
Adeoque omnes effectus l. c. e. cessant. §. 28.
Conclusio. §. 29.

§. 1. Cum omnis judicii initium actoris desiderio legitime exposito, et adversarii contradictione constituatur, merito Jcti litis contestationem, qua utrumque peragitur, controversiarum caput ac fundamentum dixerunt, adeo ut in causis summariis quoque ac singulari favore dignis non omittenda sit, ne reus non cognita causa condemnetur, sed ex ejus ad actoris libellum facta responsione appareat, utrum contendere an alterius petitioni satisfacere velit. Unde dn. Eisenhart *instit. jur. nat. cap.* 16. §. 40. hanc litis contestationem juris naturalis esse dixit, nec immerito; nam licet jus naturale nec lites imperet, nec processus fatalia ac strepitus forenses moderetur; quatenus tamen adventitios hominum status regit, et quid conveniat singulis, aequitatis dictamine docet, eatenus et litis contestatio ad jurisprudentiam naturalem non male refertur, quae omnibus litibus tam naturalis est, ut nulla aut recte suscipi, aut ea omissa feliciter expediri possit.

§. 2. Merito ergo legumlatores sicuti plerasque litigantium causas sapienter instruxerunt, ita quid circa litis contestationem obtinere debeat, peculiari providentia non reliquerunt intactum. Ac jure romano quidem satis constat, per litis contestationem rem in judicium deduci *l. un. c. de litis contestatione*, unde ex isto tempore triennalis currebat praescriptio litibus civilibus sopiendis definita in *l.* 13. §. 1. *e. de judic.* Lis autem contestabatur quondam coram testibus, ubi his praesentibus fidem sibi dabant, de lite coram judice pedaneo peragenda. Conf. Franc. Polletus *hist. for. rom. l. v. p. m.* 441. Hillig. ad Donell. *l.* 23. *c.* 3. Dn. Joh. Sam. Stryk. *disp. de process. jur. rom. antiqu. c.* 4. *et* 5. Quae necessitas tamen adhibendi testes postea desiit, dum lis pro contestata reputatur, edita ab actore actione, et facta a reo responsione, cum judex per utriusque partis narrationem causam audiisset, *d. l. un. c. de litis contestat.* Unde novo jure *actor litem contestari* dicitur, quoties intra duos menses post porrectum libellum causam in judicium deducit *auth. libellum vero c. d. litis contest.* et reus huic respondet, Cujac. *l.* 9. *obs.* 21. ut hinc litis contestatio per utrinque factam litis declarationem constitui censeatur, vid. Ant. Matth. *de jud. diss.* 8. *th.* 2. Voltej. *de jud. l.* 1. *c.* 1. *n.* 58. seu ut verbo dicam: litis contestatio est status controversiae formatio.

§. 3. Jure canonico Gregorius IX. Pontifex constituit, litis contestationem fieri per petitionem in jure propositam accedente adversarii responsione, *c. un. x. de lite contestat.* Imo ex *c.* 1. *et* 2. *eod. in* 6*to* constat, potissimum litis contestationem ad reum pertinere, cum Innocentius et Bonifacius dictis capitibus,

jubeant reum, qui exceptionem peremptoriam opposuerat, ante omnia litem contestari. Vulgo ergo litis contestationem definiunt per rei ad libellum actoris responsionem. Carpzov. *ad process. tit.* 10. *act.* 2. *n.* 1. *seqq.* Quae litis contestatio cum hodie varia ratione pro diversitate causae ac processus fieri soleat, hinc natae sunt pleraeque litis contestationum divisiones, cum alia minus solemnis dicatur, quae in causis summariis sufficit et simplici responsione absolvitur, vulgo *Einlassung.* Iterum alia generalis, quae his quondam verbis expediebatur: *nego narrata prout narrantur*: *dass er der Klage, inmassen sie anbracht, nicht gestaendig*, quae merito sublata est, cum sic re vera non constet, quid negatum sit. Vid. Blum. *proc. cum. tit.* 71. *n.* 9. alia specialis est, quae ad singula libelli capita dirigitur, et regulariter est necessaria, ut inde constet actori, quid probandum sit, vid. Carpzov. *p.* 1. *c.* 10. *d.* 4. Sed et ratione qualitatis varie solet a doctoribus dividi; si enim reus omnia facta ac actionis momenta diffitetur, negativa erit litis contestatio; si omnia concedat, affirmativa est, si denique neget alia, alia affirmet, mixta solet vulgo appellari, et his casibus distincta pronunciandi ratio adhibetur; si enim omnia negata, pronunciatur: *dass er der Klage allenthalben nicht gestaendig*; si quaedam, *dass er der Klage nicht allenthalben gestaendig, derowegen er den Grund derselben, und so viel ihn daran verneinet, zu erweisen schuldig*; quamvis posterior clausula etiam priori casu, sed minus commode, adhibeatur.

§. 4. Sed non est instituti nostri singulas litis contestationum species prosequi, de quibus prolixe Langius *Isagog. ad proc. c.* 41. *n.* 17. *seqq.* Martin. *ad ord. proc. s. t.* 16. *rubr. n.* 16. *seq.* Nicol. *proc. c.* 37. *n.* 22. *seqq.* Illustr. dn. Born. *disp.* 1. *ad jus univers. jud. th.* 47. Brunnem. *proc. civil. c.* 14. *n.* 6. *seq.* aliique dd. videri possunt. Nec de ejus derivatione nimis solliciti erimus, cum illam abunde satis et accurate ostendat Obrecht. *in tract. de litis cont. ad l. un. c. de litis. c.* 1. *n.* 10. Ad eam potius divisionem pergimus, quae rubrum nostrae dissertationis propius attingit. Notissimum enim est, aliam puram esse litis contestationem, aliam eventualem. Brunnem. *l. c. n.* 12. Pura dicitur, quae simpliciter et absque restrictione aut conditione facta est. Eventualis vero conditionem continet, et nonnisi hac existente purificatur.

§. 5. Distinctionis hujus usum parum abest, quin jure civili plane incognitum fuisse nobis persuadeamus. Eo enim jure exceptiones dilatoriae quovis tempore ante litem contestatam opponi ac probari poterant *l.* 12. *c. de except.* auth. Matth. *d. judic. cap.* 7. *th.* 24. nec adeo necessarium erat, eventualem iis annectere litis contestationem, in casum, si exceptiones non admissae, aut iis a parte adversa satisfactum fuerit. Imo differri potuisse secundum leges romanas litis contestationem, donec exceptionibus dilatoriis esset satisfactum, *arg. l.* 19. *c. de probat. l.* 24. *c. de procurat.* existimat. Dn. Martini *ord. proc. tit* 11. §. 1. *n.* 79. ut inde nulla juris civilis dispositione adstringi reum existimem, ad litis contestationem exceptionibus propositis annectendam. conf. Socin. *de litis contest. art.* 7. *n.* 14. Möller. *ad p.* 1. *c. el.* 3. *n.* 1. *lit. b.*

§. 6. Quamvis autem jure canonico malitia partium lites per dilatorias exceptiones protrahentium coerceri jubeatur, ita ut judex certum terminum omnibus exceptionibus dilatoriis simul proferendis statuere possit, per *c.* 4. *x. de except.* conf. Ziegl. *ad Lancellot. l.* 3. *t.* 8. §. 3. Attamen quod simul his exceptionibus eventualis contestatio litis sit subjungenda, hoc inibi cautum non est.

§. 7. Originem itaque hujus juris, quod haec eventualis litis contestatio exceptionibus dilatoriis subjungenda, debemus partim legibus imperii novissimis, partim constitutionibus saxonicis, adeo ut fere in obscuro sit, quo jure primitus haec eventualis litis contestatio sit introducta. Sane quod post dilatorias in proximo termino lis sit contestanda, hoc jam habetur in *ordin. cameral. de anno* 1500. *tit.* 12. §. 1. Sed quod dilatoriis sit immediate annectenda, hoc ibi non deprehendo. In ordinatione autem camerali *de anno* 1555. *tit.* 13. §. 1. dispositum est, litem in primo termino contestandam esse, sed additur, hoc observatum non fuisse, hinc statuitur, quod tunc demum lis in primo termino sit contestanda, si reus exceptiones dilatorias non habeat: ex quo iterum patet, conjunctionem litis contestationis cum dilatoriis hic nondum exigi, sed hoc in termino proximo fieri potuisse. Primitus itaque hoc statutum esse deprehendo in *recess. imper. de anno* 1570. §. 89. *ubi ita cautum*: *Wann der Klaeger seine articulirte Klage einbracht, soll Beklagter im zweyten Termin seine declinatorias oder andere exceptiones, dadurch das Recht differiret, oder die Kriegs-Befestigung verhindert werden soll, zu produciren, daneben in scriptis litem eventualiter, oder aber da dergleichen Einreden keine bevor, litem pure zu contestiren*; et in §. 91. *et* 92. hoc repetitur, *dass er auch in der Appellation jederzeit seine eventual litis contestation mit anhencken solle*, quae res demum clariorem decisionem recepit *in rec. imp. de anno* 1654. §. 40. ubi exceptionibus dilatoriis mox subjicienda *die eventual hauptsaechliche Handlung*, quae tamen ipsi, si exceptiones fuerint relevantes, praejudicio esse non debet.

§. 8. In Saxonia haec necessitas eventualiter litem contestandi, et hanc contestationem exceptionibus dilatoriis subjiciendi merito adscribitur d. Augusto electori Saxoniae in *constit.* 3. *part.* 1. ex quo tempore hoc in foris Saxoniae constanter observatum, praesertim cum *ordinat. process. tit.* 11. *in pr.* idem repetitum, quae praxis ubique locorum in Germania hodie recepta. Idem enim jure magdeburgico et brandenburgico obtinere, testis est Brunnemann. *in process. civil. c.* 14. *n.* 14. ut taceam, per ordinationes Bohemiae, ducum brunsvicensium et luneburgensium, anhaltinas, wismarienses, megapolitanas aliasque eamdem necessitatem litigantibus eventualem litis contestationem adhibendi esse impositam, ceu prolixe ostendit dn. Martini *ad ord. proc. tit.* 11. §. 1. *n.* 80. *seqq.* addatur de jure Borussiae dn. Georg. Grube *comment. ad proc. c.* 12. *et* 13.

§. 9. Neque vero opus est, ut ad istas leges aliarum provinciarum magnopere respiciam. Propositum enim mihi est, praesentem de litis contestatione eventuali materiam ita persequi, ut ad Saxoniae constitutiones potissimum attendam, cujus in foris hactenus causae mihi tum dirigendae, tum defendendae vel ventilan-

dae fuerunt. Atqui vero manifesta satis dispositione juris saxonici electoralis jam adducti omnibus reis injungitur, exceptionibus differendae litis causae oppositis addere litis contestationem in eventum, si exceptionibus aut actor satisfecerit, aut judex eas neglexerit. Apparet hoc ex *p. 1. const. elect. 3. verb. Es soll der Beklagte alsobald daran die litis contestation mit einer condition und in eventum anhaengen.* Idemque praecipit *ord. proc. saxon. tit. 11. §. Alle exceptiones* in verb. *und alsobald darauff conditionaliter und in eventum lis contestiret werden.* Quod et inculcat *resolut. gravam. de anno 1661. tit. von Justitien Sachen, §. Wiewohl auch zum siebenzehenden etc. §. haette aber zum achtzehenden etc.* ut adeo de juris hujus certitudine, ac litis contestationis eventualis apud Saxones necessitate plane ambigere non liceat.

§. 10. Ex hoc autem apparet, an utilis adhuc in judicio sit vulgata illa advocatorum cautela, se haec tantum proferre voluisse ad informationem judicis, nequaquam autem animo litem contestandi, de qua Ummius *in process. disp. 12. n. 15.* Protestationem hanc utilem esse tunc, nisi judex prius jussisset litem contestari, hoc passu enim cum simus in casu necessario, protestationem illam nihil relevare asserit Mynsinger *centur. 3. observ. 31.* ex quo omnino inferendum, nec protestationem illam ullius efficaciae esse, postquam recessus imperii et ordinat. process. saxonici necessitatem eventualiter litem contestandi reo imposuit. Protestatio enim contra legem nihil operari poterit. Imo si huic protestationi nimium insisteret reus, et exceptiones ipsius dilatoriae pro irrelevantibus reputarentur, ipse in expensas condemnandus foret, quod secundum leges processus litem non sit contestatus. Alia ratio foret, si tantum protestaretur de lite pure non contestanda, sed tantum in eventum, si exceptiones hae fuerint rejectae, de quo loquitur Mynsinger *centur. 3. obs. 74. n. 6.* et Gail. *lib. 1. obs. 73. n. 5.* tunc enim faceret id, quod ipsi incumbebat, et ita eventualis haec contestatio, rejectis exceptionibus dilatoriis, resolveretur in puram, quod naturae eventualis hujus contestationis apprime convenit, de qua jam pluribus.

§. 11. *Est autem litis contestatio eventualis responsio rei ad libellum actoris facta sub conditione, si exceptiones oppositae aut a judice non admissae vel rejectae aut vel adimpletae, aut a parte elisae fuerint.* Dicitur alias litis contestatio conditionalis, vid. *ord. process. saxon. tit. 11. §. 1. verb. und darauff conditionaliter et p. 1. c. 3. v. mit einer condition,* ibique Carpz. *def. 1.* cum in eventum fiat, ac ubique conditionem sub se contineat. Unde vulgo exprimi hac ratione solet: *ventualiter aber und auff den Fall, wann denen jetzo opponirten exceptionibus dilatoriis gebührend abgeholffen, und anderer gestalt nicht, will Beklagter auff die erhobene Klage folgender gestalt litem contestiren etc.* conf. dn. Svendend *ad fibig. proc. p. 38.* Caeterum quae de litis contestatione in genere ejusque divisionibus variis § 3. dicta sunt, ad hanc eventualem perinde pertinent. Nam et ea vel affirmativa vel negativa oratione concipi, vel formalis vel virtualis, vel solemnis vel minus solemnis dici potest, prout diversa procedendi ratio ac natura actionis diversam responsionem exigunt.

§. 12. Hae itaque divisiones litis contestationi eventuali cum pure communes sunt. Sicuti autem alias conditiones a dd. in possibiles et impossibiles dispesci solent; ita forsitan et istae divisiones hic locum habere poterunt. Scilicet si conditionis adimpletio dependeat a potestate et voluntate actoris e. g. opposita exceptione guarandae; sub conditione potestativa facta videbitur litis contestatio, quia hoc mox actu corporali expedire potest. Sin exceptio jus valde dubium contineat, et causae cognitionem exigat, casualis conditionis propemodum instar erit, ob dubium eventum, qui a sententia judicis dependet, exceptionem admittentis aut rejicientis. Conf. disput. excell. dn. Wildvogel, de *fortuna jurgiorum.* Impossibilem autem conditionem imitabitur litis contestatio exceptioni adjecta, qua reus ab actore quid exigit, cujus praestatio ab hoc expectari non potest. Quod desiderium si legitimam causam habeat, deficiente conditione, litis contestatio concidet; si is jure factum hujusmodi ab eo postulare nequeat, conditio pro non adjecta habebitur, et pura censebitur litis contestatio, quae tali ratione suspendi non potuit.

§. 13. His praemissis ex jure saxonico regulam de necessitate eventualis litis contestationis subjicio, *quod quoties exceptiones dilatoriae, declinatoriae aut peremptoriae litis ingressum impedientes allegantur, his in eventum annectenda sit litis contestatio.* Confirmant hanc textus allegati *ordin. process. saxon. tit. 11. §. 1. et resol. grav. tit. von Justitien-Suchen §. Zum siebenzehenden.* Limitatur tamen allegatis locis illa necessitas litis contestationem subjiciendi, si quas exceptiones fori declinatorias habeat. Apparet hoc ex *ord. proc. sax. t. 11. §. Es haette denn einer so ansehnliche declinatorien vorzuwenden, dass sie ob er vor den Gerichten dahin er citiret, zu stehen schuldig, einen billigen Zweiffel verursachen konten, auff welchen Fall er die litis contestation, biss über denen declinatoriis erkannt, einstellen mag.* Si enim forum judicis declinare possim, non opus est inutilem subjicere litis contestationem. Quoties tamen cumque dubia est judicis competentia, consultum erit, non nimium hujusmodi exceptionibus confidere, cum facta quoque responsione ad libellum a foro quis liberari possit, sed non facta litis contestatione ab expensis aeque liberari vix queat, conf. Ziegler. *ad ord. proc. tit. 11. v. So ansehnliche. p. 78.*

§. 14. Interim non statim poenam incurrit, qui exceptione excidit, si forte judicis competentiam sententia confirmet: sufficit enim praegnantes dubitandi rationes adfuisse, quae ante removendae fuere antequam ad litis contestationem quis teneatur; quamvis vero *resolutionibus gravamin. d. anno 1653. §. Haette aber zum achtzehenden,* simpliciter videatur injuncta necessitas sub poena confessi et convicti litem eventualiter contestandi, quotiescumque vel declinatoriae vel dilatoriae exceptiones opponuntur; non existimo tamen §. 1. *ord. p. sax. tit. 11.* hac dispositione esse plane sublatum, sed adhuc in isto casu tuto omitti posse litis contestationem eventualem, firmissime mihi persuadeo. Nam et §. 17. *dict. res. grav.* Ordinationis *proc. saxon.* meminit et *dec. elect. 14.* eamdem plenissime confirmavit sententiam, verb. *Es waeren denn die vorgeschützeten exceptiones declinatoriae also beschaffen, dass Sie ob einer vor denen Geri-*

chten, dahin er citiret zu stehen, schuldig, einen billigen Zweiffel verursachen könten etc. Auff solchen Fall soll Beklagten die litis contestation einzustellen nachgelassen seyn. conf. Philipp. *ad d. decis obs.* 1.

§. 15. Verum cum et *dec. elect.* 14. *et ord. process. tit.* 11. eo demum casu eventualem ad libellum responsionem omittere permittant, quo *exceptiones declinantes* forum judicis actori objiciuntur, dubio non caret, an aeque sibi satis consulat, qui exceptionibus aliis dilatoriis fretus, litem eventualiter contestari negligit. Sane leges saxonicae eumdem effectum in genere dilatoriis exceptionibus nullibi tribuunt, adeoque licet fundatae esse sint ac liquidae, nolim tamen cuiquam auctor esse, ut hujusmodi exceptionibus oppositis eventualem omittat litis contestationem. Nihil frequentius est in limine judiciorum, quam guarandae praestationem, et cautionem pro reconventione et expensis opposita exceptione exigi, quae si ab actore nondum sit praestita, reus tamen litis contestationem non omittere poterit, alias enim actori quidem guarandae ac cautionis praestatio solet injungi, sed reo simul sub poena confessi et convicti ad libellum respondendi necessitas imponetur, in quem hoc casu expensarum refundendarum onus facile rejicietur. Similiter si de legitimatione adversarii lis moveatur, licet mandatum ejus sit manuum, aut aliquo defectu laboret, exceptioni tamen huic rectissime subjicies litis contestationem, ne actoris procuratori legitimatio et reo expensarum refusio ac respondendi sub praejudicio necessitas eadem sententia injungantur, quemadmodum pronunc. *Scabin. Lipsiens. anno* 1703. *M. dec. Dass klagender mandatarius sich anderer gestalt und besser zu legitimiren, Beklagter aber auff die erhobene Klage etc. zu antworten etc. und weil er solches in eventum nicht gethan, Klaegern die Unkosten dieses Termins zu erstatten schuldig.* Forte tamen aliud obtinet, quoties exceptio non quidem judicis forum declinat, sed actionem tamen plane adhuc removet. Si enim exceptio pacti de non petendo intra quinquennium, nondum competentis actionis, moratorii etc. allegetur, ac statim probetur, supervacuum sane esset, litem contestari antequam respondere quis ad desideria teneatur.

§. 16. Paulo aliter res se habet in legibus imperii, ubi quidem pariter a litis contestatione eventuali immunis est reus, qui exceptionem fori declinatoriam opponit per *rec. imp. de* 1654. §. 37. quod si tamen litis contestationem omittat, et postea exceptio fori non fundata deprehendatur, non tantum in expensas, sed etiam in mulctam pecuniariam condemnari potest, *per d. rec.* §. 40. *ibi, Hingegen wenn die Unerheblichkeit der vorgebrachten verzüglichen Einrede so weit befunden wurde, dass sie allein zu vorsetzlich und muthwilligen Auffschub der Hauptsache eingewendet worden, alsdann der Beklagte in etliche Marck Silber côndemniret werden soll;* cum tamen jure saxon. uti jam dictum, ab expensis liberari valeat, Verum jura haec facile componi possunt. Nam in *ord. process. sax. tit.* 11. §. 2. tunc quis liberatur, si probabilem dubitandi rationem habuerit, an coram hoc foro se sistere teneatur, ita enim cum a temeraria exceptionis objectione liberetur, ab expensis erit absolvendus. Idem vero hoc etiam attendit *allegatus recessus* §. 40. cum tantum hunc reum condemnet, *welcher vorsetzlich und zu muthwilligen Auffschub der Haupt-Sachen solches einwendet*, quo ipso probabilis causa declinandi forum rejecta non est. Interim, ut hae lites eviteutur, et reus eo facilius ab expensarum refusione liberetur, optimum consilium, ut semper litis contestatio qualicumque exceptioni declinatoriae subjungatur; nunquam enim hoc nocere poterit. Dn. Praes. *introd. ad prax. cap.* 9. §. 14. de quo etiam superius dictum.

§. 17. Quod attinet exceptiones litis ingressum impedientes, quarum tres enarrentur in *l.* 1. *de litis contest. in sext.* scilicet rei transactae, judicatae et per jusjurandum finitae, dubitari poterat, an etiam his eventualis litis contestatio sit subjicienda? Sane ordinatio p. c. tantum mentionem facit exceptionum declinatoriarum, quales quidem etiam esse videntur, quae litis ingressum impediunt, attamen cum ipse legislator saxonicus se ibi explicaverit, quod sub declinatoriis illas intelligat, quae judicium ipsum concernunt,, an scilicet in judicio ad quod citatus fuit comparere debeat, non ultra fori declinatorias ordinatio illa processus extendenda erit; verumenimvero per *decis. elect.* 14. haec res satis declarata, quod etiam exceptiones litis ingressum impedientes pari jure cum declinatoriis fori aestimandae sint, hac tantum subjecta restrictione; modo non sint altioris indaginis, sed in continenti vel ex instrumentis liquidis vel confessione adversarii doceri possint. Ex hoc casu ob neglectam litis contestationem ab expensis liberandum esse reum, docet Philipp. *ad decis. elect.* 14. *obs.* 3. *n.* 11. conf. Carpzov. *p.* 1. *const.* 3. *def.* 14. *et* 15. Ziegler. *ad proc. saxon. tit.* 11. §. 2. *verb. So anstehtlichen.*

§. 18. Ostendimus hactenus, necessariam esse jure saxonico eventualem litis contestationem; sed cùm frustranea soleat esse legislatoris dispositio, nisi sanctio eam muniat poenalis, dicenda sunt nonnulla de damno quod incurrunt, qui exceptionibus hanc conditionalem litis contestationem non annectunt. Poena in ordinatione processus *tit.* 11. §. 1. constituta est expensarum refusio, verb. *bey Vermeidung der Expensen*, cui annecti solet comminatio, de lite sub praejudicio contestanda. Unde fertur sententia: *Dass Beklagter seines Vorwendens ungeachtet auff die erhobene Klage sub poena confessi et convicti sich einzulassen, und weil Er solches anjetzo nicht gethan, die Unkosten dieses Termins, so hiemit etc. gemaessiget werden. Klaegern zu erstatten schuldig.* Excell. dn. Rivini *tr. de except. dilator. c.* 11. *p.* 16. *seqq.* Carpzov. *process. t.* 9. *art.* 1. *n.* 62. Existimat equidem dn. Ziegler. in *annotation. ad d. tit. ord. process. verb. lis contestiret. p.* 77. hanc condemnationem in expensas solum ad eum pertinere casum, quo litis contestatio ultimae positioni i. e. quadruplicae annexa fuit; verum cum *d.* §. generaliter loquatur, nec alia poena definita sit, si litis contestatio plane omittatur, judex lege non potest esse durior. *l.* 8. §. 2. *c. ad l jul. de vi publ.* Neque mutatum hoc est in resolutione gravaminum, *tit. von Justitien-Sachen.* §. 18. cujus verba ita accipere videtur Zieglerus, ac si statim pro confesso et convicto habendus sit, qui litis contestationem eventualem omisit, cum iis saltim necessitas imponatur parti, in proximo termino sub poena confessi et convicti respondendi; nam si tunc

quoque contumax fuerit, habetur pro confesso et convicto. Jure quidem civili contumacia rei efficit, ut lis negative censeatur contestata. Brunnem. *prov. civ. n.* 14. Groening. *instit. pract. p.* 118. hodie autem plerisque in locis constitutionibus processualibus cautum est, litem affirmative contestatam videri; adeoque causa statim cadit, qui post sententiam comminatoriam contumax esse non desiit. Singulare autem occurrit in ordinatione mercatoria Lipsiens. *n.* 12. *et* 13. dum ob favorem causae simpliciter sub poena confessi et convicti in primo termino respondendi ipsa lege injungitur necessitas, ita ut non opus sit sententia interlocutoria, sed ob contumaciam reus in primo statim termino vel pro confesso et convicto habeatur; nec admittuntur ibi dilatoriae exceptiones, nisi sint graviores, pariterque exceptionibus litis ingressum impedientibus, si qualicumque ratione earum supersit dubium, litis contestatio addi debet, alias confisus suis exceptionibus causam perdit, quam responsione ad libellum facta forte obtinere potuisset.

§. 19. Hactenus necessitatem litis contestationis eventualis sumus persecuti. Nunc qua ratione ea fieri debeat, paucis est expediendum. Non repetemus autem ea, quae ad litis contestationem in genere pertinent, cum per se manifestum sit, litis contestationem quoque eventualem debere esse specificam, ac ad singula membra et capita libelli esse dirigendam, vitandam in ea omnem obscuritatem, prolixitatem inutilem, verba ambigua et libello ac actoris intentioni non convenientia. vid. *ord. process. Saxon. tit.* 16. *et noviss. appellat. mandat. de anno* 1696. §. 14. *it. const. el.* 10. *pag.* 1. Quaecumque igitur circa litis contestationem observanda sunt, ea nec in eventuali hac ad actionem responsione reo erunt negligenda. vid. Carpz. *proc. sit.* 10. *art.* 3. *n.* 48. Martini, Ziegleri, Philipp. et reliquos *ad* §. *tit.* 16. *o. p. s.*

§. 20. Illud inprimis admonendum, in ultima demum positione non posse litis contestationem fieri: ita enim cautum est manifesta dispositione §. 1. *t.* 11. *ord. p. s. und solle solche nicht biss an den letzten Satz, wie etwan zu geschehen pfleget, sondern alsobald im ersten, oder auffs laengste im andern Satz mit angehaenget. werden.* Alias enim praecideretur actori occasio urgendi ea, quae circa litis contestationem minus recte factam excipi poterant. Quodsi ergo in ultima demum positione annexa fuerit, condemnationem in expensas dictare jubet *alleg.* §. 1. *v. bey vermeidung der expensen,* actorique relinqui debet potestas, factam litis contestationem impugnandi. Quid vero si reo in primo termino contumaci sub poena confessi et convicti injuncta fuerit litis contestatio, is tamen in proximo termino tertio demum producto eventualem adjiciat litis contestationem, poteritne pro confesso et convicto haberi, an judici super erit potestas de facta ad libellum responsione cognoscendi? Durum enim omnino videri poterat, cum *ord. p. s.* condemnationem in expenses constituerit poenam contumaciae, sine legis dispositione manifesta aeque pro confesso et convicto habere eum, qui sero, ac illum, qui plane non respondit. Forte igitur rite factam responsionem judex sustinebit, sed minus recte propositam non attendet, *arg. l.* 11. §. 5. *ff. interr. in jur. fac.* quod aliquando ita observatum memini, in causa, qua actori patrocinium praestiti, sed ratione istorum capitum, cum emendari amplius litis contestatio nequeat, reum pro confesso habebit: actori enim judex praejudicare, et pro contestatione legitima agnoscere nequit responsionem, quae si parti manca adhuc et imperfecta videatur. Quae sententia licet favore digna sit, vix tamen ei satis confidimus, cum pro contrario, utut duriori, urgeri possit, judicem, quae in ultima positione de novo subjiciuntur, attendere non teneri, *arg. d.* §. 1. *ord. proc. sax. tit.* 11. adeoque prudens advocatus nunquam isti periculo se exponat, sed litis contestationem legitimo tempore annectat.

§. 21. Non minus dubia est controversia, an post septiduum facta responsio inutilis censeri debeat? Sane *resolutio gravaminum d. anno* 1653. *et* 57. *et* 32. *mandatum electorale d. an.* 1663. *d.* 23. *jun.* actuarios et judices sedulam jubet habere curam, ne ultra septiduum protrahantur advocatorum negligentia positiones, quas constitutiones non ad supremum tantum provocationum tribunal, sed ad inferiora quoque judicia pertinere, recte monuit dn. Mylius sub praesidio dn. Joh. Samuel Stryk. *disp. d. septiduo c.* 3. §. 9. Nisi igitur contraria observantia aut ordinationes speciales aliud exigant, *vid. ord. merc. lips. tit.* 20. huic dispositioni inhaerandum erit, adeoque litis contestatio serius facta poterit haud attendi. Ex quo grave ad reum redundat praejudicium, inprimis si sententia praecedens jam litis contestandae necessitatem sub poena confessi et convicti imposuit. Quamquam enim nec resolutio gravaminum, nec mandatum determinet poenam, et in dubio pro reo respondendum sit. *l.* 28. *ff. de re jud.* facile tamen fieri posse existimo, ut non intercedente nova comminatoria reus hoc casu pro confesso et convicto habeatur. Non tamen hic restringenda sunt jura partium, sed vel ultimo die septidui litis contestationem factam esse regulariter sufficiet, cum distributio in appellationum curia *mand. el. d. an.* 2672. *it. rescript. martisb. in regim.* quo certae dies singulis positionibus sunt determinatae, in aliis judiciis non sit recepta, adeoque non inanis haberi potest, quae quandocumque, ante termini tamen exitum facta fuit. Quod si vero pars contumaciam non accusaverit, condemnatoriae sententiae non erit locus *a. l.* 13. §. 2. *de judiciis vid.* dn. Mylius *d. disp. c.* 3. §. 22. Nisi quis expensarum refusionem ex officio negligenti parti injungi posse existimet, *arg. t.* 11. *o. p. s.* §. 1. Caeterum haec accusatio contumaciae elapso statim septiduo fieri debet, cum antea facta partis jura non tollat; morosi vero actoris accusationem judex expectare haud teneatur, cui potestas conceditur sine mora inrotulationem actorum suscipiendi. Si tamen ab actore ex intervallo factam accusationem contumaciae post septiduum admittat, aut illa pro non facta judicanda, et terminus pro circumducto habendus; aut reus aeque ante transmissionem audiendus, cum partes rei minus favorabiles, quam actoris esse non debeant.

§. 22. Hactenus itaque naturam litis contestationis eventualis expendimus. Diximus autem supra, eam conditionis instar se habere, effectus ergo ejus nunc ea ratione considerabimus, ut quatenus hi se exerunt conditione 1.) pendente 2.) existente, 3.) deficiente, ostendamus. Conditio sub qua litem reus hoc casu contestatur, ad exceptiones se refert, quae aut debent removeri, aut iis satisfieri. Antequam alterutrum contigerit, pendere dicitur conditio. e. g. si opposita exceptione cautionis pro reconventione et expensis

actor nondum satis dederit; tunc litis contestatio neque pro non facta habenda est, sed ab eventu dependet ejus effectus. Unde eventualis haec litis contestatio non tollit facultatem mutandi libellum, quae post pure factam rei responsionem aut praestitam guarandam demum exspirat. *ord. proc. Sax. t. v.* §. *da auch verb. pure befestiget. p.* 1. *c. el.* 11. Berlich. *p.* 1. *concl.* 28. *n.* 26. Carpzov. *proc. t.* 9. *art.* 2. *n.* 38. *seqq.* Philipp. *ad tit. o. p. s. cons.* 13. *ubi n.* 4. *praej.* Nam lis sub conditione contestata censetur, adeoque satius interdum est, exceptionem nondum praestitae guarandae plane non urgere, et sine conditione litem contestari, si quis jus mutandi libellum velit excludere.

§. 23. Efficit porro eventualis litis contestatio, ut actori non currat terminus probatorius antequam conditio sit purificata. Ita enim constituit *ordinatio processus Sax. t.* 11. §. *Es soll. verb. ingleichen dem Klaeger der terminus probatorius zu lauffen nicht anfahen, biss die condition purificiret.* Quodsi ergo reus actori exceptionem v. gr. guarandae et satisdationis pro reconventione et expensis opponat, et litis contestationem exceptioni adjiciat, et inde sententia lata: *dass Klaeger vor allen Dingen der Klagen Gewaehr zu geloben, und caution pro reconventione et expensis zu bestellen, auch weil im übrigen Bekl. auff die erhobene Klage geantwortet, und solcher nicht allenthalben gestaendig, den Grund derselben in S. Frist zu erweisen schuldig vid.* Carpzov. *proc. tit.* 9. *art.* 1. *n.* 85. non tamen probatorius terminus actori currit, nisi ex quo tempore conditioni satisfecit. Licet enim judex hoc casu non tantum de exceptione, sed de litis contestatione quoque pronunciaverit, atque actori injunxerit probationem eorum, quae a reo negata fuerunt, si tamen ipse deinde nec guarandam nec cautionem praestet, nec articulos offerat probatorios, probatio non erit deserta, licet in expensas condemnari queat, *vid. t. XI. ord. s. pr.* §. *da sich aüch befaende: add.* dn. Suendend. *ad fibig. p.* 603. Neque enim Ziegleri sententia usu fori probata est, qui add. §. *verb. den würckliehen,* negat, omissae satisdationi aut guarandae, ad quam praestandam actor obstringitur, eam vim inesse, ut litis contestationem suspendat, cujus opinionem allegatum Carpzovii praejudicium parum confirmat, cum vim suspensivam nunquam deneget pendenti conditioni *conf. eamd. p.* 1. *c.* 4. *d.* 5. *ibique praej.* Reo igitur incumbit necessitas si ejus intersit causam celeriter finiri, impetrandi terminum ad hoc, ut sententiae satisfiat, aut actor in expensas et cautionem de lite prosequenda reo ab instantia absoluto condemnetur. Quae cum ita sint, reus qui liti omnes moras proscindi cupit, rectius sibi suaeque causae consulet, si guarandae exceptionem omittat *vid. excell. dn.* Rivin. *spec. except. c.* 22. *n.* 4. *seq.* Quod si tamen actor morosus ne quidem citatus conditionem e. g. praestandae guarandae adimpleat, eamdem pro adimpleta haberi posse, *a. l.* 162. *ff. d. r. j.* adeoque terminum probatorium currere, respondit *fac. jur. lips. anno* 1700.

§. 24. Sed hi effectus actorem respiciunt. Ratione rei efficit litis contestatio eventualis; ut ea pendente ipse licet denuo citatus respondere non teneatur, nisi actor judicato satisfecerit *o. p. s. c.* 11. §. *Es soll.* Ziegler. *d. l. p,* 80. *pr.* Si ergo eadem sententia actori praestatio cautionis injungatur, et reo juramentum ob litis contestationem eventualem negative factam injungatur, ad jurandum se, antequam actor conditionem adimpleverit, non offerre tenebitur. *arg. d. t. o. p. s.* unde in casu haud dissimili defensionem conscientiae nondum desertam esse, cum actor cautionem injunctam haud praestitisset, licet reus articulos elapso jam fatali exhiberet, judicatum fuit in *supr. cur. prov. lips. anno* 1694. Idem obtinebit, si affirmative reus litem contestatus fuerit addita peremptoria exceptione; probatorius enim terminus ipsi tunc non curret, antequam actor rei judicatae satisfecerit; cum in reo multo magis dispositio ordinationis saxon. locum habere debeat, utpote per quem non stetit, quo minus conditioni satisfieret, qua pendente, fatale definitum currere non incipiet. Unde si reus contumax litem plane non contestetur, pro confesso et convicto tamen haberi nequit, usque dum actor cautionem pro reconventione et expensis praestiterit sufficientem, uti in causa *Osterh. contra Roth. a scab. lips.* pronunciatum observavi *an.* 1703. Quod denique ad judicem attinet, pendente conditione is super litis contestatione pronunciare non debet. Carpzov. *p.* 1. *c.* 3. *def.* 3. nisi simul super exceptionibus quoque lata sit sententia, de quo cum supra jam actum fuerit, diutius hisce non inhaerebimus, sed paucis nunc subjiciemus effectus l. c. eventualis, quos conditione existente nanciscitur.

§. 25. Existit vero conditio, si exceptiones oppositae vel non admissae vel adimpletae fuerint. Carpzov. *p.* 1. *c.* 3. *d.* Lauterb. *comp. ff. tit. de jud.* §. *dividitur in f. p.* 96. Satisfacere autem debet exceptioni actor, unde non sufficit sententia judicis ei satisfactionem injungentis; sed adhuc in pendenti est litis contestatio, donec praestationem pars expediat. vid. dn. Rivinus *l. c. p.* 83. Quod contingit quando v. g. defectum legitimationis supplet, aut guarandam vel satisdationem pro reconventione et expensis praestat. Quamquam non statim facto actoris conditio purificetur, sed necesse sit, ut vel reus acquiescat, et se jam litem contestari absque conditione profiteatur, vel si is adhuc urgeat, nondum suo desiderio satisfactum, ut judicis sententia litem dirimat; unde tunc facta guarandae aut cautionis similisve praestatio judicis arbitrio relinquitur, *wird auff Richterliches Erkaentniss gestellet*; quandoque vero actor exceptiones reo competere negat, nec iis satisfacere cupit, quo casu non existit conditio, sub qua ad libellum facta est responsio; nisi postquam judicis auctoritate exceptio rejiciatur; non sufficit autem desuper a judice esse pronunciatum, vid. Ziegler, *l. c. p.* 77. *verb. conditionaliter*, Martini *ad* §. 1. *t.* 11. *ord. proc. saxon. n.* 77. sed ut vires rei judicatae accipiat, sententia requiritur, ac tunc demum conditio existere et pura litis contestatio esse censetur. Nam si una sententia non admittatur exceptio, saepe altera haud rejicitur; unde si locus amplius sit lenterationi, aut appellationi, adhuc pendere quodammodo conditio videtur.

§. 26. Postquam autem plenissime exceptiones remotae sunt, purificata, conditione existente, censetur litis contestatio, et eosdem effectus habet, qui alias purae rei responsione tribuuntur. Excludit igitur potestatem mutandi libelli apud Saxones, efficit ut terminus probatorius currere incipiat post senten-

tiam, scil. desuper a judice promulgatam, nam licet reus impletam exceptionem ante fatetur, actori tamen terminum probatorium coercere nequit, qui currere incipit ex tempore, quo sententia, quae probandi onus imponit, in rem judicatam transit. conf. *supr.* §. 18. Constituitur etiam hac litis contestatione quasi contractus ad praestandum id, quod sententia fuerit a djudicatum *l.* 3. §. 11. *ff. de pecul.* unde actiones, quae ante in haeredem non dabantur, fiunt utrinque transitoriae i. e. dantur haeredibus et adversus haeredes *l.* 164. *ff. d. r. i.* §. *j. de perpet. et temp. act.* Carpzov. *l.* 3. *resp.* 38. *n.* 24. Temporalis actio censetur esse perpetua *d.* §. 1. *inst. Lauterbach. colleg. pand. tit. de jud. th.* 6. perpetuae vero durant quadraginta annos, *l. ult. c. d. praescr.* 30. *ann. l.* 139. *pr. ff. de r. i.* Hahn. *ad* Wesemb. *tit. de in jus vocando n.* 13. *verb. jure.* Carpzov. *p.* 3. *d.* 218. *n.* 18. Sed non opus est, singulos effectus litis contestationis repetere, ad quos pertinebat olim deficiens facultas revocandi mendacium *l.* 25. *ff. d. r. v.* Dominium litis in procuratorem transferendum *l.* 22. *c. d. procur.* vid. disp. excell. dn. Bergeri *de litis dominio*, et quod popularis actio propria per litis contestationem facta judicetur. *l.* 12. *ff. de v. s.*

§. 27. Superest, ut qua ratione deficiat conditio hujus litis contestationis, et quid ea deficiente obtineat, paucis subjiciamus. Deficit autem, vel quod judex exceptionem admittat, vel si actor ei non satisfaciat. Actor moram facit, quoties non praestanda praestat, ejusque negligentia coerceri solet condemnatione in expensas, in cautionem de lite prosequenda, aliisque rationibus. Judex vero conditionem deficere judicat, quoties actoris desiderio non relinquit locum, e. gr. si reus declinatoriam opponat, addita licet eventuali litis contestatione; siquidem nihil impedit hic quoque reum a necessitate respondendi liberari, quoties judicium incompetens esse, aut litem jam pendere apparet. Pronunciari ergo solet *dass Bekl. auff die erhobene Klage ahhier sich einzulassen nicht schuldig.* Pariter reus respondere non tenetur, quoties judex exceptionem dilatoriam pacti de non petendo similemque admiserit, cum perinde reus a litis contestandi necessitate ita liberetur.

§. 28. His ergo casibus litis contestatio conditionalis pro non facta habetur, nec reo illa potest praejudicare. Unde si forte opposita exceptione inepti et minus rite formati libelli pronunciatum fuerit, *dass Bekl. auff die erhobene Klage, immassen sie angebracht, sich einzulassen nicht schuldig*, et actor alium deinde libellum offerat, antea eventualiter facta responsio non sufficit, sed de novo litis contestatio erit suscipienda. Judex porro factam antea litis contestationem non attendit, nec super ea pronunciat. O. p. s. t. 11. §. *Es soll aber gleichwohl.* Nec reliqui effectus quos antea §. 21. adduximus, locum inveniunt; non ergo post eam actio in haeredes dabitur, non annalis evadet perpetua, sed naturam actio, quam antea habebat, retinebit; ex quo fluit, actionem annalem e. g. injuriarum aestimatoriam, si coram judice incompetente instituta, ac postea propter exceptionem rei rejecta sit, non fieri perpetuam, licet eventualis a reo litis contestatio exceptioni accesserit *arg. l. t. l.* 4. *c. si a non comp. jud. conf.* Carpz. *l.* 6. *resp.* 214. *n.* 9. Martin. *ad ord. p. sax. t.* 4. *ud* §. 1. *n.* 40. nec ea ad haeredes transire poterit, si interim actor moriatur, salvi tamen manent effectus, qui non ex litis contestatione, sed ex citatione dependent, e. g. interruptionis praescriptionis *l.* 7. *c. de praescr.* 30. *l.* 40. *ann.* adeoque exceptio inepti libelli, ob quam rejicitur libellus injuriarum aestimatorius, non operabitur, ut intra annum instituta, sed postea rejecta, actio propter incidentem praescriptionem plane extincta censeatur, sed licitum est actori, intra annum a tempore finitae prioris actionis, licet ineptae, aliam actionem instituere, *vid. disp. dn.* D. Luderi Menckenii, *an actio ob injurias verbales intra annum instituta et per sententiam rejecta, propter incidentem praescriptionem plane sit extincta? habit. a.* 1699. ubi §. 21. *et* 22. praejudicia et inprimis a laudatis *domin. scab. lips. den Scharff-Richter zu c. c. Badern zu c.* responsum datum, legi possunt.

§. 29. Haec sunt lector benevole, quae de eventuali litis contestatione mihi in mentem venerunt. Alii perfectiora et exactiora dabunt specimina, me festinatio et curae forenses ultimam limam thesibus hisce addere prohibuerunt. Non rigido itaque excipies judicio, si quae forte ad palatum non fuerint, sed benevolentia tua, quicquid defuerit, supplebis. Quae minus recte proposita sunt, ea non dicta cupio, quae bene dicta ad divini Numinis clementiam refero, cui pro exantlato labore devota mente persolvo laudem et gloriam sempiternam.

FINIS.

DISPUTATIO DECIMA

DE PRIVILEGIIS TITULO ONEROSO QUAESITIS,

PRO LICENTIA

DIE XXII. AUG. MDCCIV.

CHRISTIANUS HEINR. BAUER, MOENO-FRANCOF.

CAPUT I.

De diversa ratione acquirendi privilegia.

SUMMARIA

Salutis publicae ratio semper praecipua esse debet.
Non tamen illa in praejudicium aliorum alleganda. §. 1.
Privilegia quid sint? §. 2.
Jus singulare et privilegium quomodo differant? §. 3.
Privilegia alia favorabilia alia odiosa. Privilegia favorabilia et beneficia an differant? §. 4.
Apud Romanos rara fuerunt privilegia. Sensus. l. 8. ff. de ll. Postea facta sunt frequentiora. §. 5.
Etiam hodie, quae tamen restringenda. An privilegia conventione cum aliis civibus dari possint? §. 6.
Privilegia dependent a principe. An non subdito concedi possint? §. 7.
Modus conferendi privilegia. De motu proprio. §. 8.
De privilegio ad petitionem impetrato. §. 9.
An scriptura sit necessaria? §. 10.
De privilegis per gratiam quaesitis. De clausula non obstante. §. 11.
Privilegia gratiae sine justa causa non concedenda. Causa justo fundamento merito niti debet. Praesertim si quis oneribus eximendus. §. 12.
Privilegia vel absolute vel per communicationem conceduntur. §. 13.
Acquisitio per titulum onerosum. Privil. ob bene merita favorabilius, quam quod accepta pecunia datur. §. 14.
De privilegio per praescriptionem quaesito. De tempore hic requisito. Haec praescriptio quandoque fortior est privilegio. §. 15.

§. 1. Illa demum beata est praedicanda respublica, ubi princeps salutem publicam non metitur ex sua libidine, et aliis privatis rationibus, sed ex hoc solo momento, ex quo integrum corpus civile suam possit derivare felicitatem, atque incrementum. Et hue demum respexit lex XII. tabb. satis decantata: *Salus publica suprema lex esto.* Nam quia omnium civium actiones eo debent esse directae, ut civitati bene sit, omnia tum a singulis, tum ab ipso principe aliisque quibus pars curae regiminis commissa, ita sunt agenda, ut haec sit norma primaria et principalis. Inde tam multa singularia a jure communi deviantia constituta legimus ob bonum publicum, *l.* 18. §. 1. *de damno inf. l.* 1. *de usur. l.* 5. *de jure immunit.* §. 2. *j. de usufr. l.* 8. *c. de adquir. et retin. possess. l.* 44. *ff. eod. l.* 51. *in f. ad l. aquil. l.* 7. *c. de proeur. etc.* quae et plura alia hic coacervare mei non est instituti. Solet tamen, quod omitti non potest, salutis publicae ratio saepius elegantis instar cujusdam coloris a rectoribus civitatum proponi, et objici, quod tunc ut plurimum contigit, si jus privatis quaesitum adimere conantur, et ideo sub hoc praetextu variae committi soleant iniquitates. Quid frequentius est, quam quod principes privilegia semel subditis indulta, et ab his titulo oneroso quaesita, sub colore salutis publicae revocare soleant? cum tamen saepe invidiis aulicorum et odium privatum sub eodem latitet; quo ipso subditis contra monitum imperatoris jura inique detrahuntur *l.* 4. *c. de emancip. lib.* Multum praeterea hunc abusum promovere solent doctorum quorundam incautae et nimis liberales sententiae, quibus principi omnia indulgent in privilegiis revocandis, inter quos principatum tenet Thomas Hobbes. *de cive c.* 6. §. 13. *seqq.* et quos praeterea in aciem deducit Conring. *de privil. disp. conc. et revoc.* §. 41. *seqq.* Ut igitur quid circa privilegia titulo oneroso quaesita juris esse debeat, plenius constet, operam dabo ut praesenti disputatione mea inaugurali id expediam.

§. 2. Ante omnia autem natura privilegiorum paulo accuratius inquirenda, quam veteres exinde illustrare voluerunt, quod quasi sit *lex priva* seu in singulos lata, quia veteres *pirva*, teste Gellio *lib.* 10. *cap.* 20. dixerunt, quae nos *singula* dicimus; ut ideo in eo a legibus differant, quod hae sint generalia jussa, de universis civibus concepta, illa vero de singulis, vid. Gell. *cit. l.* Unde ab aliis vocantur *leges privatae. can. privilegia distinct.* 3. Myler. ab Ehrenbach. *nomolog.*

princ. imper. c. 13. §. 4. Cicero *lib.* 3. *de leg. in parad. cap.* 4. *in fin.* quod et illustratur exemplis ab imperatore §. 6. *j de jure n. g. et civ.* adductis, quando videlicet alicui ob meritum quid indulgetur, vel si qua poena gravior irrogatur, vel si cui sine exemplo subvenitur. Hoc sensu itaque privilegia sunt *jus singulare certae personae ex justa causa contra jus commune indultum.* Barbosa *in collect. ad rubr. tit. x. de privil. n.* 5. Heinr. Canis. *in summa juris can. ad cit. t. n.* 1.

§. 3. Quamvis vero omne privilegium sit jus singulare, uti ex definitione apparet, haec duo tamen inter se differunt ut genus et species. Barbosa *cit. loc.* Videlicet jus singulare est, quod contra tenorem juris communis, propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum. *l.* 16. *ff. de ll. l.* 44. §. 1. *de adq. vel amitt. poss.* quod quidem etiam de privilegiis dici potest; interim tamen non omne jus singulare est privilegium; sic jus singulare dicitur, quando absque legali traditione aliquando mutuum contrahitur *l.* 15. *de reb. cred.* et plura singularia praecepta sunt in favorem navigantium *l.* 1. §. 5. *de exerc. act.* ut et libertatis §. *ult. j. de donat.* quae tamen in classem privilegiorum referri nequeunt. Bachov. *ad treutl. vol.* 1. *disp.* 2. *th.* 6. *lit. a.* Differunt itaque in eo, (1) quod jus singulare aberrans a jure communi ad universos cives pertinere possit, secus ac privilegium. Ziegl. *de jur. maj. lib.* 1. *cap.* 12. §. 3. (2) Privilegium singulis personis, vel quae personae locum sustinent, e. g. collegiis, tribuitur: jus singulare vero magis ad causas ipsas, et certum personarum genus respicit. Conring. *disp. cit. cap.* 1. *n.* 10. *seq.* Sic jura minorum militum, foeminarum etc. rectius hoc sensu jus singulare, quam privilegium dicuntur, quamvis communiter hodie confundi soleant. Enenkel. *de privileg. jur. civ. lib.* 1. *cap.* 1. *n.* 4. *et seq.* Sic *de privilegiis pacis* scripsit Antonius Corsetus, *de privilegiis pestis* Hieron. Previdellus, *de privilegiis dotalibus* Baptista de s. Blasio, *de privilegiis juramenti* Seraphinus de Seraphinis, quae magis ad jus singulare spectant.

§. 4. Quia itaque privilegia stricte dicta, jus in certam personam statuunt, hinc non mirandum, quod in classem eorum ab antiquis etiam illa exempla relata fuerint, quando scilicet gravius aliquid in certam personam contra solitum morem statuitur, uti ipse imperator *cit.* §. 6. *j. de j. n. g. et c.* cognoscit, et Enenkel. *de privil. jur. civ. cit. l.* 1. *cap.* 1. *n.* 2. *et* 3. ex scriptoribus antiquis demonstrat; inde nata est distinctio inter privilegia favorabilia et odiosa. Illa cum certum favorem personae respiciant, alias in specie dici solent beneficium; cum vero hodie ad odiosa non soleat applicari vox privilegii, hinc eo minus de odiosis ero solicitus. Illud tamen adhuc brevibus videndum, an praeterea intercedat aliqua differentia inter favorabilia, quae hodie κατ' ἐξοχην talia dicuntur, et beneficia. Nam hoc certum est, in jure romano haec saepius pro synonymis haberi, ut in *l.* 68. *de r. j. l.* 191. *eod. l.* 43. *pr. de vulg. et pupill. substit.* ubi privilegia dicuntur principalia beneficia, quo et spectant *l.* 38. *ex quib. caus. maj. l. ult. de adopt. l.* 98. *de a. vel. o. haered. l.* 1. *de cens. l.* 13. §. 6. *l.* 15. §. 3. *l.* 42. §. 1. *l.* 49. *de jur. fisc.* conferatur Barnab. Brisson. *de verb. et rer. signif. sub voce beneficium.* Cassiodor. *lib.* 1. *varior. c.* 28. Gonzalez. Tellez. *ad c.* 6. *x. de privil. n.* 3. Illam interim doctores communiter agnoscunt differentiam, quod beneficium stricte dictum soli concedenti praejudicet, privilegium vero conjunctum sit cum quodam aliorum praejudicio, et inde interpretationem *l.* 3. *de const. princ.* desumunt. Confer. Gonzalez Tellez. *cit. l.* Enenkel. *cit. l. lib.* 1. *cap.* 2. *n.* 5. *et seqq.* ubi plures adducunt differentias. Utramque tamen significationem suo modo in hac disputatione sequar, et qua ratione hae in materia, de qua nunc ago, inter se differant, suis indicaturus suum locis.

§. 5. Caeterum origo privilegiorum est quidem antiquissima, sed tamen non tanta olim eorum fuit frequentia in statu democratico, quam hodie sub principibus; nam in ll. XII. tabb. privilegia omnia fuisse prohibita, constat ex verbis: *privilegia ne irrogato*. Cicero *lib.* 3. *de ll.* rationem ipse explicat, inquiens: *in privatos homines leges ferri noluerunt: id est enim privilegium: quo quid est injustius? cum legis haec vis sit, scitum esse et jussum in omnes ferri, de singulis nisi centuriatis comitiis noluerunt.* Pertinent huc quoque quae *pro domo sua* edisserit; *vetant leges sacratae*, ait, *vetant XII. tabulae leges privatis hominibus irrogari. Id est enim privilegium, quod nemo unquam tulit, nihil crudelius, nihil perniciosius, nihil quod minus haec civitas ferre possit.* Cum enim status reipublicae democraticae, qualis fuit Romanus ante imperatores inprimis desideret inter cives aequalitatem, nullam ad salutem publicam conducibilius remedium fore existimarunt ll. XII. tabb. quam ut cives aequali inter se et communi uterentur jure, ut ita omnis invidia, et quicquid praeterea inde nasci potest odium inter cives, penitus amputaretur. conf. Ziegl. *de jurib. majest. lib.* 1. *cap.* 12. §. 2. *in fine.* Hoc supposito facilius intelligi potest. *l.* 8. *ff. de ll.* ubi dicitur, quod jura non in singulas personas sed generaliter constituantur; quem quidem textum communiter varie interpretantur; commode tamen ex lege XII. tabb. adducta illum illustrare possunt, ceu ostendit Budaeus *in comment. ad h. l.* et Gerardus Feltmannus *in comment. ad cit. l.* Mutato vero deinceps reipublicae statu major privilegiorum natus est numerus, cum in tali statu non tanta aequalitatis inter cives observatio sit necessaria, ac in statu popolari, unde auctoritas ll. XII. tabb. evilescere cepit, quo tempore inprimis constitutiones personales dictae fuerunt *l.* 1. 2. *de constit. princ.* §. 6. *inst. de j ure n. g. et c.*

§. 6. Cum itaque eadem ratio nostris in rebus publicis vigeat, non adeo mirandum, quod identidem varia a principibus nostris, quibus jus condendi leges competit, subditis indulgeantur privilegia: quamvis saepe e re reip. esset, concessiones beneficiorum restringere, illorumque numerum non adeo nimis augere, quae res prudentiae politicae relinquenda. Ut vero constet quomodo concedi soleant, ante omnia praemittendum, concessiones eorum dependere a principis voluntate, qui, sicuti legem generaliter stringentem condere, ita etiam in certam personam aliquid statuere potest, cum utrumque fluat ex potestate legislatoria. Zoes. *ad tit. x. de privil. n.* 8. Casp. Ziegl. *de jurib. majest. lib.* 1. *cap.* 12. §. 5. Quemadmodum vero statuta dantur conventionalia, quae ex conventione omnium civium cum magistratu oppidano inita constant, et hactenus eatenus tolerari possunt,

quatenus non vergunt in praejudicium reipublicae, ceterarumque legum; ita suo modo possunt admitti privilegia conventionalia, quando universi cives alicujus reipubl. aliquem a praestatione onerum publicorum eximunt, illorumque praestationem in semetipsos recipiunt, veluti si princeps generaliter certam collectam civitati imposuisset, tunc subcollectatio inferiori magistratui concedi solet. Vid. dn. Jo. Sam. Stryk. *diss. de jure sub coll. c.* 2. §. 10. *seqq.* Quod si itaque reliqui cives hujus vel illius portionem in se recipere velint, principis nihil interest; interim tamen in effectu exemptus quodam videtur affectus privilegio. conf. dn. Casp. Ziegl. *de jur. majest. l.* 2. *c.* 2. §. 60. Caeterum si princeps singulis civibus secundum proportionem collectam imposuit, recte annotat praelaudatus auctor, talem immunitatem conventionalem nihil praejudicare in praejudicium principis. conf. *r. j. de anno* 1542. §. *und nehmlich sollen ibi: ungesehen aller Vertraeg, Freyheiten, Indulten und Herkommen.* Sed de his privilegiis non adeo hic laboraturus sum, cum tantum de proprie dictis in praesenti dissertatione mihi sermo sit.

§. 7. Cum itaque privilegium ordinarie a concessione superioris dependeat, hinc communiter dd. inferunt, quod regulariter arguat superioritatem dantis, et inducat subjectionis speciem, ratione impetrantis. Reinking. *a.* 2. *c.* 8. *n.* 25. *et seqq.* Klock. *de contribut. c.* 4. *n.* 246. Carpzov. *decis.* 87. Quo posito negandum esse videtur, principem posse dare non subdito privilegium, quod tamen dubium reddit experientia: Enenkel. *lib.* 3. *de privil. c.* 8. *n.* 4. nisi fortasse dicere, forenses esse subditos temporarios, quamdiu et quatenus in territorio alterius principis quid expediunt et utilitatem suam ibi promotam cupiunt. Sed et ulterius hoc extendi et casus supponi potest, ubi non subditus in territorio concedentis non adeo commorari necesse habet, ut tamen nihilominus ipsi aliquod privilegium indulgeri possit, ne scilicet in alterius territorio praejudicium inferatur privilegio, quod a suo principe impetravit: uti contigit in bibliopolis, quibus conceditur privilegium, ne libri eorum in illo territorio typis excudantur. Quemadmodum enim omne privilegium beneficium tribuit impetranti; ita obligat ceteros ad ejus observantiam, et sic tale privilegium non subdito datum, simul subditis principis legem ponit, ne contra illud agant. conf. Gonzalez. *ad c.* 6. *x. de privil. et excess. privil. n.* 4.

§. 8. Quod modum concedendi privilegia attinet, indulgeri solent *vel* ad petitionem et instantiam alicujus, *vel* motu proprio *aus eigenem hohen Bewegnüss.* Posterius contingit, quando vel nulla omnino praecessit petitio, vel saltem illa non considerari potest ut principalis concessionis causa: *potest enim* ut ait Hahn. *ad Wesenb. tit. de constit. n.* 2. *Princeps dici propria sponte privilegium concedere, licet ad instantiam alicujus, ita ut ejus petitio non sit adaequata causa finalis, vel ratio concedendi privilegii. Sed potius sic concedatur ex liberalitate principis, ut etiam sine petitione illud esset concessurus.* Hoc tamen non semper ex clausula adjecta: *motu proprio* dijudicari et concludi potest; quamvis hoc inculcari videatur *in c. si motu* 23. *de praebend. in 6to ibi: motu proprio tunc solum gratia fieri censeatur, cum hoc expresse cautum fuerit in eadem.* Magnam autem efficaciam ejusmodi privilegiis motu proprio concessis tribui, apud dd. notum est. Sic plenius interpretanda dicuntur. Petra *de jure quaes. per princ. non toll. c.* 32. *dub. n.* 6. Reddit enim clausula motus proprii gratiam favorabilem. Marta *de clausul. claus.* 75. *n.* 4. Gabriel. *lib.* 6. *concl.* 2. *n.* 61. Carpz. *lib.* 6. *resp.* 41. *n.* 11. *et seqq.* Sed accurate circumstantiae omnes et causa finalis privilegii concessi inspiciendae: nam solent non raro hujusmodi clausulae ex styli consuetudine, principum literis et rescriptis passim inscribi, quo casu nihil adeo vel parum operari possunt. Anton. de Petra *de jure quaesit. per princ. non toll. p.* 645. *n.* 18. Zasius *vol.* 2. *consil.* 10. *n.* 13. Trentacinq. *lib.* 1. *pract. resol. de rescript. res.* 5. *n.* 31. *et* 32. De qua materia cum jam ex professo actum sit a dn. Praeside *in disput. de motu proprio principis*, eo lectorem remittimus.

§. 9. Prius contingit, si ad solam instantiam alicujus privilegium quoddam concedatur; et quia sic in ipsius precibus se fundat privilegium, ei quoque inesse credi debet clausula: *si preces veritate nitantur, c.* 2. *x. de rescr.* atque sic exceptio sub et obreptionis contra illud ipsum locum habet. Mev. *p.* 8. *dec.* 404. Hinc ad hanc tollendam solet privilegiis addi clausula: *ex certa scientia*, cui tantum pondus tribuunt, ut nulla amplius subesse falsitatis suspicio videatur. *Factum enim ex certa scientia principis*, ait. Gail. *l.* 2. *obs.* 56. *n.* 14. *in dubium revocari non potest, et contradictori perpetuum silentium imponi debet.* conf. Rudolphin. *de absol. pot. princ. c.* 5. *n.* 13. August. Barbos. *de claus. usu frequent. claus.* 59. Dobercin. *in repertor. jur. lit. c. rubr* clausula *ex certa scientia*. Non operatur tamen haec clausula praesumptionem juris et de jure, si ex aliis circumstantiis appareat, precistam privilegium subdole impetrasse, cum etiam haec clausula sicuti prior ex styli ratione adjici soleat, adeoque saepe praeter principis intentionem.

§. 10. Praeterea ad modum concedendi privilegia illud quoque spectat, quod ista utplurimum scriptura concedi soleant; imo quidam ex *cap.* 7. *x. de privil.* concludi posse putarunt, ad verum valorem et probationem praecise necessariam esse scripturam. Mascard. *de probat. conclus.* 528. *n.* 10. Bald. *in l.* 2. *c. de mand. princ.* Verum id quidem facillime concedi potest, ad probationem privilegii multum facere, si scriptura continetur, quoniam ex ea rectius de tenore privilegii judicari potest, si forsan dubium circa illud oriatur, quemadmodum si de investitura dubium occurrit, tenor investiturae respici debet. Perillustr. dn. Praes. *in exam. jur. feud. c.* 1. §. 22. Barbos. *ad c. cit.* 1. *n.* 7. *et* 8. Imo si plane de existentia privilegii quaestio moveatur, illa fere nulla commodiori ratione probari posse videtur, quam per ipsam scripturam et ipsis principis subscriptionem. Neque enim privilegium tamquam jus singulare et exceptio a regula praesumitur, sed ab allegante docendo. Mascard. *de probat. concl.* 1200. *n.* 36. Menoch. *de praesumpt. lib.* 6. *praes.* 14. *n.* 16. Mantica *de conject. ult. vol. lib.* 2. *tit.* 1. *n.* 4. Seraphin. *decis.* 1061. *n.* 3. Barbos. *in collect. ad c.* 8. *de privil. in* 6. *n.* 2. Verum quemadmodum gratiae et aliae dispensationes sine scriptura concedi possunt: *Clem. dudum* 2. *vers. nos etenim, de sepult. ibi: universa pri-*

vilegia, gratias, indulgentias, verbo, seu scripto. Henr. Zoesius *ad tit. x. de privll. n.* 3. ita quoque privilegia subsistere et valere possunt absque scriptura, quoniam voluntas concedentis illa tantum facere debet. Gonzalez Tellez. *ad c. 7. x. de privil. n.* 1. Quod adhuc manifestius apparet in privilegiis immemorialis praescriptione acquisitis, nam illa aeque valida sunt ac illa, quae expresso privilegio sunt acquisita, *c.* 28. *x. de v. s.* et tamen per sui naturam non requirunt nec requirere possunt aliquam scripturam. Alia forsan quaestio est, utrum is, qui privilegium impetravit, ante expeditionem literarum, desuper fieri solitarum, possit uti suo privilegio, quod *informe* dici solet. Hunc quidem satis tutum esse in conscientia, qui secundum tale privilegium, quod certo scit sibi esse concessum, agit, asserunt canonistae, Zoes. *cit. l. n.* 4. Ludov. Engel. *in colleg. jur. can. ad tit. x. de privil. n.* 6. quia per solam principis voluntatem jam videtur perfecta. Attamen in foro externo demum literae expectandae sunt, quod ibidem fatetur Engel. *cit. l.* Unde ordinarie rescripta demum vim suam exserere dicuntur a tempore, quo tales literae datae sunt. *c.* 9. *de rescr. in* 6. *c.* 7. *x. eod.* Engel. *ad tit. de rescr. n.* 18.

§. 11. Acquiruntur privilegia variis modis. I. *per meram gratiam*, quando princeps, nullis praecedentibus singularibus benemeritis ejus qui impetrat, neque interveniente pretio, alicui privilegium indulget; unde etiam talia privilegia solent communiter dici *gratiae*, et ipsa privilegia *gratiosa*. Carol. Tapia *ad l.* 3. *de const. princ. p.* 2. *c.* 3. *n.* 6. Myler. ab Ehrenb. *de princ. et stat. imp. p.* 2. *c.* 49. §. 4. Atque haec rursus inserta sunt juri communi, vel per speciale rescriptum principis impetrantur. Priora in specie dici solent privilegia in corpore juris clausa, sc. illa quae in volumine juris caesarei continentur, qualia sunt infinita, quae passim ab aliis collecta sunt. Catalogum eorum recenset Barbosa *ad tit. x. de privil.* Hujusmodi concessioni prae aliis insignes effectus tribuunt, veluti quod per clausulam derogatoriam, *non obstantibus privilegiis in contrarium*, non censeatur derogatum iis quae in juris corpore clausa sunt, cum magis vim juris communis habere videantur. Menoch. *lib.* 6. *praesumpt.* 40. *n.* 25. Costa *de fact. scient. et ignor. insp. n.* 5. August. Barbos. *in collect. ad rubr. tit. x. de privil. n.* 8. Hinc judex tale privilegium ignorare nec potest nec debet, quia notorium est. *c.* 5. *et* 7. *x. de excess. prael.* Tandem quoque ordinarie sunt perpetua. Quod vero Engelius *ad tit. x. de privil. n.* 2. existimet, haec quoque ex paritate rationis recipere interpretationem extensivam, illud a vero alienum esse videtur, cum jus singulare non sit producendum ad consequentias: *l.* 14. *et* 15. *de ll.* et sic multam correctionem merentur, quae idem habet *in tractatu de privil. et jur. mon. prio.* 36. ubi plures extensiones conglomerat. Hunc in finem dn. Schilterus *in prax. jur. rom. exerc.* 1. §. 29. utile esse asserit, ut impetrans suum privilegium statutis civitatis inseri curet, aut saltem ut sub hac clausula impetretur: *et hoc privilegium addatur statutis civitatis nostrae, et pro statuto etiam intelligatur*, quod hac ratione cum aliis privilegiis singularibus, seu seorsim concessis, non revocetur, nisi expresse ejus fiat mentio.

§. 12. Quae per speciale privilegium impetrantur ex sola gratia, diversis ex causis quae principem movere possunt, indulgeri solent. Neque enim absque justa causa facilis princeps esse debet ad concedenda privilegia, ob conservandam aequalitatem inter cives, ceu supra jam monitum, vid. Adam Contzen. *lib.* 5. *polit. cap.* 7. *in fin. et cap.* 18. *n.* 4. Optimum hac de re est monitum Conring. *de privil. recte conf. et revoc. c.* 1. §. 37. *Nec vero* inquit, *fas est, aut citra ingens reip. damnum et principis laesam auctoritatem fieri potest, ut privilegia concedantur, nullo habito communis boni respectu, sed promiscue nunc his nunc illis, etiam nihil, vel certe nihil tale, aut tantum promerentibus etc.* Et cum varia esse possit ratio indulgentiae et affectus principum, et sic causae impulsivae privilegiorum diversissime inde dependeant, infinitum foret, si omnes recensere vellemus. Id saltem unicum ex regulis prudentiae annotasse sufficiat, causam concessae gratiae justo debere inniti fundamento, et saluti reipublicae esse subordinatam. Quod et in privilegiis in corpore juris clausis observatum reperi; ubi quibusdam data sunt privilegia ob insignem eruditionem *l.* 58. *c. de decur. l.* 6. §. 10. *ff. de excus.* quibusdam ob aetatem, *l.* 11. *de vacat. et excus. mun. l.* 42. *et* 45. *de adm. per tut.* quibusdam ob miseriam adversae fortunae, *l.* 4. *c. de nat. lib. l.* 49. *c. de episc. et cler.* nonnullis ob respectum pietatis. *l.* 22. 49. *c. de ss. eccles. auth. Habita. c. ne fil. pro patre etc.* Inprimis vero tunc justissima gratiae esse causa debet, si quis per privilegium eximatur oneribus publicis, quia sunt odiosa, et quandoque haud levia inter subditos excitare solent dissidia, quibus sopiendis et tollendis maxima saepe subeunda sunt pericula; Casp. Klock. *de contrib. cap.* 16. *sect.* 1. *n.* 4. *seqq.* Casp. Ziegl. *de jur. majest. lib.* 2. *c.* 2. *n.* 43. *inf.* vel saltem ita sunt concedenda, ne onerent caeteros, nec quod uni princeps ex gratia concessit, vergat ad reliquorum civium injuriam. Ant. Fab. *in c. lib.* 9. *tit.* 29. *def.* 6. *n.* 2. Mev. *p.* 6. *d.* 4. 20. *n.* 1. 2. *et* 6. Alias tale privilegium justam revocandi causam praebet. Mev. *cit. l.* Ziegl. *cit. l.* §. 53.

§. 13. Et haec privilegia aliquando vel *absolute* impetrantur, aliquando *per communicationem*, quando scilicet superior privilegium, quod uni simpliciter concessit, etiam ad alterum extendit, qualia communiter dici solent *privilegia ad instar, seu referens. l.* 35. *pr. c. de episc. et cler.* Sic academiae juliae concessa sunt privilegia ad instar bononiensis, Hahn. *ad Wes. tit. de const. princ. n.* 2. et universitati salisburgensi diplomate pontificio et caesareo omnia et singula privilegia aliarum universitatum, Italiae, Galliae et Germaniae, communicata esse testatur Ludov. Engel. *ad tit. x. de privil.* §. 2. *n.* 11. Quod et in diplomate huic academiae fridericianae ab imp. concesso apperet. Plenissime vero horum naturam exposuit specioli tractatu Horatius Mandosius, hinc quaestio resultat: an aucto exemplari per novas concessiones, augeatur etiam privilegium ad instar? quod negant Hahn. ad Wes. *c. l.* Schweder. *in jur. publ. part. spec. sect.* 1. *c.* 10. §. 3. *in f.* quoniam datum censetur ad similitudinem et imitationem ejus, quod jam existit, non quod etiam futurum est, nisi et hoc verbis privilegii expressum sit. Postquam autem semel concessum est, jam per se subsistit, adeoq ue licet primum, ad quod

se refert, penitus abrogatum sit, tamen non censetur revocatum privilegium ad instar, quia hoc a priori quidem in productione, sed non in conservatione dependet. *cit. ll.*

§. 14. Alia acquiruntur II. titulo oneroso, seu per contractum, quae conventionalia dici solent, quando nimirum interveniente pretio, vel aliquo facto aequivalente, illud alicui indulgetur. Carol. Tapia *de constit. princ. p.* 2. *c.* 9. *n.* 1. Et huc etiam referunt privilegia ob benemerita concessa, quod vim contractus habere dicantur, cum non pura donatio, sed potius quaedam permutatio, et retributio praestiti officii censeatur. Myler. ab Ehrenb. *de nomöl. c.* 13. *n.* 2. Hermann. Hermes. *in fac. jur. publ. c.* 11. *n.* 78. Quemadmodum vero haec, quae ob benemerita conceduntur, justissima censeri debent, cum reipubl. ratio non tantum impositione poenarum, sed etiam praemiorum propositione contineatur: *l.* 1. §. 1. *de j. et j.* Cic. *epist.* 14. *ad Brut. et lib.* 1. *de orat.* unde et passim in jure benemeritis praemia proponuntur: vid. *l.* 25. *de sc silan. l.* 1. *c. pro quib. caus. serv. pro praem. lib. acc. l.* 35. *de relig. l.* 36. §. *f. de excus. l.* 3. §. 6. *de numer. et bon.* Paschal. *de Coren. lib.* 5. *c.* 2. Dn. Joh. Sam. Stryk. *de auro coronario. c.* 1. *n.* 31. *seqq.* Ita illa ipsa, quae interveniente pretio comparari solent, non eamdem habent justitiae rationem aut favorem, cum sic saepius non attenta salutis publicae ratione concedi soleant privilegia etiam indignissimis, modo pecuniam in promptu habeant, quo ipso non potest non auctoritas principis in summum deduci discrimen. Debebant utique inprimis privilegia esse compensatio et remuneratio benemeritorum, sed ita privilegia videntur quasi esse venalia, cum summo reipubl. detrimento, teste Conringio. *cit. l.* §. 23. Caeterum quando in vim contractus inita censenda? plenius enucleat Joh. Francisc. Andreoli. *controv. forens.* 408. *et cap. seqq.* Conferri autem haec privilegia solent *vel* simpliciter, *vel* mediante investitura, quo pertinet jus habendi arcem munitam, dn. praeses *in ex. jur. feud. c.* 9. *qu.* 18. cudendae monetae, *cap. leopold. art.* 35. Jus venandi, jurisdictio, jus forestale etc. Quae omnia firmiori gaudent jure, quam si simpliciter concessa sint: quae enim principibus jure regalium competunt, illa in privatis, quatenus iis concessa sunt, inducunt naturam privilegii. Rosenthal. *de feud. c.* 5. *concl.* 16. *n.* 13. dn. Praes. *cit. l. qu.* 26.

§. 15. Denique acquiri possunt privilegia praescriptione immemoriali, seu tali, cujus non extat memoria, *c. super quibusdam* 26. *x. de verb. signif. c. novit.* 13. *x. de judic.* Hinc commune dd. assertum, quod praescriptio immemorialis vim privilegii taciti habeat, Cravetta *cons.* 259. *vol.* 1. Menoch. *cons.* 43. *n.* 7. Belluga *in spec. princ. rubr.* 29. §. *in beneficiis n.* 9. Barbosa *in collect. ad cit. c.* 26. *n.* 3. *seq.* Peregrin. *de jur. fisc. lib.* 1. *tit.* 2. *n.* 6. adeo ut comparari possit privilegio ex certa scientia a principe concesso, Natta *cons.* 640. *l.* 2. *n.* 24. Molin. *de primogen. l.* 2. *c.* 6. *n.* 3. Tabor *de metat p.* 3. *l.* 2. *c.* 1. *n.* 11. et hinc justissimi tituli vim habere dicitur. Barbosa *cit. l. n.* 7. Rosenthal. *de feudis c.* 5. *concl.* 16. *n.* 3. Comprobatus hic etiam modus est in publicis legibus imperii, siquidem *r. j. de anno* 1548. §. *Wann auch etc.* expresse dicitur quod immemorialis praescriptio possit operari exemptionem, his verbis: *und dagegen wider ihn nicht darbracht werden maechte, dass er ie in Menschen Gedaechtnüss jedes Reichs Gemeinen und nicht privilegirten hülffen contribuiret, oder ein Anschlag gereichet und bezahlet habe, oder im Fall, dass ein ausgezogener oder ausziehender Stand ausführen wolte, dass er des Reichs Anschlaege und Hülffen legitime praescribiret habe.* Dicitur vero tempus immemoriale, quod omnem memoriam excedit; Mastril. *dec.* 114. *n.* 19. Franc. de Amaja *in cod. tit. de ann. lib.* 10. adeoque ad probandam hanc praescriptionem non alii admittuntur testes, quam senes, qui deponere debent non tantum de propria scientia, sed etiam de auditu alieno *dass si es von ihren Vorfahren niemals anders gehöret.* Mascard. *de probat. concl.* 1042. *c. l. n.* 47. Fontanella *de pact. dotal. c.* 4. *glos.* 17. *n.* 51. Quo posito non recte videtur definiri tempus immemoriale pro spatio centum annorum, cum possit saepius hunc terminum excedere, si scilicet testes senes, se a majoribus aliter audivisse, deposuerint. Sermo autem hic est de jure contra principem praescribendo; nam quatenus contra privatum talia jura, quae alias privilegio impetrantur, praescribenda sunt, sufficit tempus ordinarium. Rosenthal. *cit. l. concl.* 17. dn. Praeses *in ex. jur. feud. c.* 9. *quaest.* 15. Fluit ex hactenus dictis, illa tantum per immemorialem praescriptionem acquiri posse, quae per modum privilegii transferri poterunt, h. e. quae a privato exerceri et possideri possunt. Rosenthal. *c. l. concl.* 16. *n.* 1. Imo saepe plus operatur, cum nonnunquam per hanc praescriptionem illa acquiri possint, quae principes, licet possint, non tamen solent in privatos vel subditos transferre: uti exemplum est in jure consistoriorum, quod aegre principes senatui concedere solent, et tamen Stralsunda per immemorialem praescriptionem illud sibi acquisivit, ibi enim senatus suum habet consistorium, cui praesunt theologi et jureconsulti Mev. *p.* 3. *dec.* 114. b. dn. Brunn. *de jure eccl. lib.* 3. *c.* 1. §. 4. *in f.* Sic plurimae civitates mediatae gaudent jure monetandi, nullo alio titulo munitae, quam hoc, immemorialis scilicet praescriptionis. *cap. leop. art.* 34. *ibi: solches Regal nicht erhalten, oder sonsten rechtmaessig und bestaendig hergebracht.* Myler ab Ehrenb. *de princip. et stat. imp. c.* 71. §. 4. Atqui vero imp. non potest amplius per privilegium his civitatibus conferre jura monetandi.

CAPUT II.

De qualitate et natura tituli onerosi.

SUMMARIA.

Titulus quid sit? Quotuplex? §. 1.
Tituli lucrativi. §. 2.
Tituli onerosi. Titulus lucrativus potest habere onus conjunctum. §. 3.
Donatio sub modo an sit titulus lucrativus? De dotis datione. §. 4.

De donatione remuneratoria. Merita sunt vel vulgaria, vel extraordinaria. §. 5.
Privilegium quando sit oneroso titulo quaesitum? §. 6.
Quale sit privilegium per investituram quaesitum? §. 7.
De privilegiis ob bene merita concessis. Bene merita non facile erga principem allegari possunt. §. 8.
Aliquando tamen merita hic attendenda. §. 9.
Licet non exacte respondeant privilegio. §. 10.
De privilegiis ob futura merita indultis. §. 11.
De privilegiis praescriptione quaesitis. §. 12.
Rationes pro causa onerosa. §. 13.
Decisio subjicitur. §. 14.
An in dubio privilegium potius onerosum, quam gratiosum sit praesumendum? §. 15.
Quomodo de meritis constare possit? §. 16.

§. 1. Quemadmodum sine titulo justo et a legibus approbato in alterum nihil transferri potest; ita in dijudicandis negotiis et causis inprimis ad qualitatem tituli respiciendum est, quia effectus diversos producit qualitas titulorum. Est autem *titulus* nihil aliud, quam *justa et legibus prpbata causa*, (quo nomine etiam in jure saepe venit. *l.* 11. §. 4. *de except. rei jud. l.* 3. §. 4. *de adq. vel am. poss. l.* 158. *de r. j.* §. 33. *j. de r. d.*) *ex qua res legitime in alterum transfertur, et per quam quilibet juste rem possidet.* Quatenus autem duplici modo aliquid in alterum transferri potest, *vel* ut alter eamdem rem jure dominii retineat, *vel* ut tantum usum vel simile quid habeat: ita titulos communiter dividunt in dominii *translativos* en non *translativos*. *Illi* dicuntur, quibus hoc agitur, ut dominium rei, vel simile jus in re, in alterum accedente traditione vel quasi transferatur. vid. *l.* 6. *c. de ingen. manum.* Quo pertinent inprimis plura conventionum genera ex professo illustrata a dn. Hertio *diss. de convent. domin. translat. His* vero non agitur, ut aliquod dominium transferatur, sed vel usus, vel possessio, vel simile quid, ut commodatum, depositum. De his tamen his non ero sollicitus.

§. 2. Tituli dominii translativi sunt rursus bi duplici differentia; aut enim sunt *lucrativi* aut *onerosi*. Dicuntur ita respectu accipientis, vel in quem jus transfertur. Si enim rursus aliquid praestare cogitur, titulus est onerosus; si vero nihil, est lucrativus. Multum in effectu inter utramque speciem interesse, prima intuenti fundamenta jurium constabit, adeoque eo majori sollicitudine fines utriusque accurate sunt distinguendi. Sedem hujus doctrinae repetere liceat *ex l. un. c. de impon. lucrat. discr.* ubi imperatores causas lucrativas his circumscribunt verbis: *lucrativas vero res eas tantum volumus appellari, atque a praedictae descriptionis gravamine excipere, quae haereditatis, legati, fideicommissi jure, mortis causa donationis, vel cujuslibet postremae voluntatis arbitrio, ad quempiam delabuntur. Inter vivos etiam donatio simplici liberalitate confecta lucrativae merebitur et nomen et tarcinam.* Ex quibus verbis id colligo, eas demum esse causas lucrativas, quando *ex mera liberalitate, nullo jure cogente, aliquid in alterum transfertur, ita ut rei acceptae nomine nihil, vel non aequipollens, praestare rursus teneatur.* Rol. a Valle *lib.* 3. *cons.* 13. *n.* 7. Quod ex adductis *in cit. l.* exemplis optime illustratur. Dixi: *nullo jure cogente*: nam in his, ubi quaedam ex necessitate solvenda sunt et praestanda, causa lucrativa subesse non videtur. Nam ipsi impp. *in cit. l.* a causa lucrativa eximunt *debitum naturale*, quo merito referri posset *legitima*, non quod haec sit juris naturae absolute, sed quod, cum natura aequum sit, ut libera parentibusque aliquid relinquatur, lege civili necessitatem hoc acceperit, adeoque instar aeris alieni reputetur. Unde et dd. ex verbis finalibus *cit. l.* inferunt, lucrativo titulo rem non accipere, qui eam ab ingrato jure suo revocat. Dionys. Gothofr. *in not. ad tit. l. lit. f.*

§. 3. Cum vero oppositorum opposita sit ratio, apparet, *titulum onerosum* eum demum dicendum esse, ubi vel nullius liberalitatis intuitu aliquid in alterum ex necessitate transferendum est, ut contingit in debitis solvendis; vel ubi quid ab altero acceptum, ut rursus aliquod aequivalens praestetur, in compensationem ejus quod datum est. Roland. a Valle *cons.* 76. *n.* 18. Card. Tusch. *pract. concl. lit. o. concl.* 141. *n.* 1. Requiritur itaque, *ut aliquid rursus praestetur in compensationem ejus, quod acceptum est.* Hinc legatum quidem est sine dubio causa lucrativa, sed si legatario aliquid oneris injunctum; ut alteri quid praestet vel faciat, titulus non manet simpliciter lucrativus, sed secundum quid dicitur fieri onerosus. Socinus *lib.* 3. *cons.* 4. *n.* 4. Roland. a Valle *cons.* 13. *n.* 14. *lib.* 3. ubi tamen caute addit, videndum esse in ejusmodi casibus, quid praeponderet, an beneficium, an vero onus injunctum? Et quia ordinarie in legatis causa donationis praeponderare solet, a potiori adhuc solet dici titulus lucrativus, quamquam in effectibus juris dijudicandi merito ad onus impositam respici debeat. Sic itaque si onus legato adjectum fere responderet quantitati legatae, magis esset dicendus titulus onerosus; veluti si legatum esset relictum, ut quis magnae molis tutelam susciperet. *l.* 2. §. 2. *de his quae ut indign. l.* 36 *pr. de excus. test.* Hillig. *ad Donell. lib.* 3. *c.* 9. *in f.* Sic itaque ad causas lucrativas adhuc quodammodo referri deberet concessio rei magni valoris, pro modico admodum pretio, quia hic nulla fere datur compensatio. Cardin. Tusch. *cit. l. n.* 4.

§. 4. Porro facile apparet, quid dicendum de quaestione, an et quatenus donatio sub modo facta ad titulum lucrativum vel onerosum referri possit? Recte videtur hic incedere Nicol. Burgundus *in tr. de evict. c.* 17. *n.* 17. distinguendo, utrum modus rei donatae aestimationi quodammodo respondeat, nec ne. Posteriori casu, quatenus donatio modum excedit, lucrativa causa esse videtur, et simplicem referre, secus ac priori casu, quia alter ex necessitate obligatur, ad aequivalens praestandum. Et huc commode quoque referri videtur dotis datio, quam maritus itidem non ex lucrativo, sed oneroso titulo accipit, cum eam in finem marito offeratur, ut eo facilius et lubentius onera matrimonii sustineat. *l. un. c. de impon. lucrat. deser. vers. si vero.* Unde *in l.* 19. *ff. de o. et a.* dicitur *ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse, sed quodammodo creditor aut emptor intelligitur*, scil. intuitu mariti; *l.* 47. *mand. i.* 8. §. 13. *quib. mod. pign.* licet respectu uxoris, ad quam ab extraneo constituta aliquando dos est reditura, possit dici titulus

lucrativus. Gothofr. *ad cit. l. un. circa fin.* conf. Mev. *p.* 9. *d.* 26. Dn. Hertius *de convent. domin. transl.* §. 7. Petr. Muller. *in not. ad Struv. ex.* 27. *th.* 17. *lit. d.*

§. 5. De remuneratoria donatione gravior inspectio est, utrum in classem titulorum lucrativorum, an onerosorum possit referri? Equidem si verum fateri volo, quemadmodum Nicol. Burgund. *tr. de evict. c.* 18. in defectu peccare videtur, quod eamdem simplicem donationem esse asserat; ita quoque identidem in excessu peccant, qui eamdem per omnia titulo oneroso exaequatam esse tradunt. Pruckmann. *cons.* 39. *n.* 84. Anton. Perez. *praelect. in lib.* 8. *c. tit.* 54. *n.* 1. Steph. Gratian. *disc. for. cap.* 386. *n.* 10. Nam ex natura (1) benemeritorum et eorum valore morali, (2) quantitate donationis, hoc inprimis dijudicandum esse, colligi potest, videlicet, merita alia esse vel *vulgaria* vel *extraordinaria*. *Illa* dicuntur talia, ad quae quis ex officiis humanitatis gratis praestanda obligatur, adeoque ita comparata sunt, ut ordinarie inter homines compensari non soleant, atque huc non spectant. *Extraordinaria* autem dicuntur, quae ita comparata sunt, ut inter homines ordinarie soleant, et debeant compensari, adeoque pecunia aestimari possint; et haec proprie talia sunt, quae remunerationem aliquam naturaliter exigunt. Mascard. *de probat. concl.* 186. *n.* 4. Bachov. *ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 19. *th.* 2. *lit. a.* Steph. Fagundez. *ad praecept.* 4. *Decal. lib.* 4. *cap.* 18. *num.* 16. Franzk. *de evict. n.* 506. Tib. Decian. *vol.* 1. *resp.* 25. *n.* 31. Richter. *vol.* 2. *cons.* 297. *n.* 6. Menoch. *cons.* 29. *n.* 7. Et hinc pro leviori bus quidem ad gratitudinem quis obligatur, sed imperfecte, *l.* 25. §. 11. *de petit. haered.* sed in his ad remunerationem, *l.* 27. *ff. de donat.* ita ut quaedam subsit obligatio naturalis plena: dn. Praeses *disp. de bene meritis c.* 3. *n.* 16. quae etiam suos adhuc habet effectus. vid. *l.* 13. *de condict indeb. l.* 26 §. 12. *l.* 64. *eod. l.* 27. *l.* 34. §. *f. de donat.* Ex quo jam concludi potest, quod (1) bene meritorum insignium intuitu datum, perinde sit, ac si permutatum esset, uti dicitur *in l.* 25. §. 11. *de petit. haered.* (2) Adeoque in tantum remuneratio ipsa bene merita, quod etiam agnoscere videtur Petr. Muller. *ad Struv. ex.* 40. *th.* 17. *lit. b.*

§. 6. Praemittenda haec fuerunt, ut eo rectius a thesi ad hypothesin progredi et aestimare possim, quaenam possint dici privilegia titulo oneroso quaesita? Ubi id jam ex hactenus dictis facile apparet, privilegia interventu pecuniae impetrata, merita huc referenda esse, quatenus pecunia, vel aliud pecuniae vicem subiens, aliquo modo respondere possit concessioni factae a principe. Unde etiam praesupponitur aliquis contractus vel conventio, mediante qua privilegium est quaesitum; quo intuitu privilegia dicuntur *conventionalia*, et contractus naturam sapere. Roland. a Valle *lib.* 3. *cons.* 13. *n.* 12. *et* 13. Alioquin enim si gratia principis praeponderat, aliud videtur dicendum. Id. *cit. l.* Sed cum haec non adeo dubiis involuta sint, ad alia, quae altioris indaginis esse videntur, progredior.

§. 7. Quaeritur itaque, an privilegia mediante investitura concessa ad ea referri possint, quae titulo oneroso quaesita? Id quod dubium exinde esse posset, quod dicatur *beneficium et benevola actio* feudum. 2. *feud.* 23. 1. *feud.* 1. §. 2. *et* 4. 1. *f.* 14. *pr.* Unde etiam aliquando *gratia* appellatur. Anton. *jus feud. disp. feud.* 1 *th.* 2. *lit. b.* Verum cum non sit absolute gratia vel beneficium, sed adjunctam habeat obligationem ad singularem fidelitatem et servitia praestanda, qualia beneficia Seneca vocat *hamata*, hinc magis accedit titulus onerosus eodem modo, quo donatio modalis. Hinc interventu pecuniae feudum comparari potest 1. *f.* 16. *et* 20. conf. Anton. *cit. l.* Unde etiam est, quod, sicuti in acquisitis ex titulo oneroso praestanda sit evictio, ita quoque feudi nomine, si forsan res aliena in feudum data, evictionis praestatio a domino necessaria sit. 2. *f.* 8. *pr.* Dn. Praes. *exam. jur. feud. c.* 8. *qu.* 8. Struv. *syntagm. jur. feud. c.* 6. *th.* 5. *n.* 5. Major forsan ratio dubitandi in feudis francis occurrit, quia ibi omnis ad servitia obligatio cessat. Verum non mutandam sententiam nec in hoc casu puto, quoniam nihilominus manet obligatio ad fidelitatem, et tantum censentur remissa servitia vulgaria, quae tamen adhuc in casu necessitatis itidem sunt praestanda, quia alias violaretur fidelitas vassallitica. vid dn. Eyben. *in elect. feud. c.* 3. §. 1. Rittersh. 1. *f.* 49. 26.

§. 8. Inprimis vero huc spectant *privilegia ob benemerita* concessa, quae qualia esse debeant, facile ex antecedentibus colligi potest. Inprimis vero quoad privilegia observandum, accurate prius ponderandum esse, utrum talia benemerita in subdito reperiantur, quae aliquam remunerationem eliciere, et ad hoc principem obligare possint. Nam subditi principis intuitu rarissime benemerita allegare possunt, sed omnia, quae agunt, faciunt ex officio et obligatione erga principem, patriamque; adeoque eum bene merita sponte debeant esse praestita, et non admittant praecedentem obligationem, deficere hic videtur applicatio. Quicumque enim id facit, ad quod eum vel lex adstringit, vel conventio, vel ratio officii, illius nulla sunt bene merita, per consequens de remuneratione frustra disquiritur. Tiraqu ll. *ad l.* 8. *c. de revoc. don. n.* 106. Casp. Kloch. *tom.* 2. *cons.* 71. *n.* 38. Dn. Praes. *disp. de benemeritis c.* 1. *n.* 54. Sic itaque in genere quaecumque personae debent aliis reverentiam, obsequium et officia, illae, si talia praestiterint, fecerunt quod debuere, nec possunt dici benemeruisse. Pruckmann. *vol.* 1. *cons.* 13. *n.* 43. *seqq.* Mantica *de tacit. et ambig. convent. lib.* 13. *tit.* 15. *n.* 15. Quod pluribus exemplis ulterius declarat dn. Praeses *cit. l. n.* 56. *seqq.*

§. 9. Verum enim vero, posse talia privilegia ob benemerita concedi, clarissime evincitur ex *l.* 1. §. *f. ff. de const. princ. et l.* 6. *c. de navicul.* et exemplis tot privilegiorum illustratur, quae passim in jure civili quibusdam ob benemerita concessa sunt, quae omnia recensere instituti modum excederet. Neque obstat allata ratio *in* §. *antec.* quia quamvis quilibet obstrictus sit ad patriam defendendam, et quovis modo necessitatibus ejus succurrere debeat, tamen possunt alicujus esse adeo singularia et extraordinaria benemerita in rempubl. ad quae is solus non obligabatur, cum communis haec omnium sit obligatio. Quodsi itaque quis solus illud ipsum praestitit, ad quod quasi omnes suo modo obstricti erant, quis negaret, hoc ad classem benemeritorum esse referendum, praesertim si extraordinarium quoddam officium praestitum, per quod tota respublica maximo discrimine, in quod adducta erat, liberata est. Imo

si non subditum supponamus, cui etiam privilegia concedi posse probavimus, in hoc facilius talia benemerita sese exserere possunt, et hoc eo magis, quo minus ad rempubl. extraneam singulariter defendendam obstringitur.

§. 10. Caeterum quamvis supra, intuitu tituli onerosi supposuimus aliquam aequalitatem, respectu ejus, quod rursus praestandum est, et inde deduximus, in inaequali praestatione rem dijudicandam esse ex eo, quod praeponderet; id tamen in hisce privilegiis ob benemerita concessis non adeo stricte est intelligendum, neque commensuratio cum benemeritis ad unguem vel punctum haberi potest. Nam neque semper privilegia certo prètio aestimari possunt, neque accurata datur meritorum aestimatio, praesertim cum principis major semper soleat esse liberalitas, quam privati. Brunnem. *cons.* 1. *n.* 29. Decian. *vol.* 1. *resp.* 25 *n.* 79. Adeoque in ejusmodi remuneratione quoque personarum qualitas inprimis respicienda; Richter. *p.* 4. *cons.* 42. 299. Et principum mos esse solet, per liberaliorem meritorum compensationem alios incitare, ut pariter omni conatu rempublicam promovere intendant.

§. 11. Solent vero non tantum privilegia indulgeri ob benemerita jam praestita, sed etiam ob futura, seu ut benemerita praemiis provocentur a principibus. vid. *l.* 26. *ff. de testam. milit. l.* 13. *ff. de re milit.* Hinc plerumque addi solet ejusmodi concessionibus clausula: *wegen der treuen Dienste, so er uns erwiesen, und noch erweisen kan oder mag*. De quibus jam dispiciendum, an et quatenus in classem privilegiorum titulo oneroso acquisitorum referri possint? Et [quidem in aprico esse videtur, tale privilegium esse mere gratiosum, si praeterea nihil aliud pretii rationem habens intervenit. Neque enim hic adest, quod compensari potest, nihil quod remunerari: et aliud est, provocare aliquem, de quo maximam spem concepit respubl. ad benemerita, et aliud benemerita compensare. Non nego tamen, posse tale privilegium, ab initio quod gratiosum fuit, ex post facto transire in onerosum, quatenus talia benemerita secuta fuere; ob quae privilegium unice concessum.

§. 12. Quo vero tandem referenda sint privilegia praescriptione immemoriali acquisita, non mediocrem habet dubitationem, cum in utramque partem satis praegnantes adduci possint rationes. Qui ad gratiosa privilegia eadem referre cupiunt, satis firmum praesidium in eo habere videntur, quod taciturnitas principis per tantum temporis spatium gratiosae concessioni comparari debeat. Qui enim indulget illud, cui contradicere, quodque interdicere poterat, ille donasse videtur. *l.* 82. *de r. j.* Accedit, quod non allegari possit ullum aliquod meritum, aut simile quid, quod pretii rationem habere possit, ex quibus tamen unice onerosi tituli aestimantur. Et tandem quemadmodum in praescriptionibus jurium seu servitutum ipsa patientia domini loco tituli ordinarie substernitur, ut praeterea nullus alius titulus doceri debeat. *l.* 10. *pr. si serv. vind. l.* 2. *c. de serv. l.* 12. *in f. c. de praescr. long. temp.* ita in immemoriali praescriptione similiter patientia videtur loco tituli esse.

§. 13. Sed tamen et his, qui privilegiis ex causa onerosa quaesitis haec adscribere volunt, suae non desunt rationes. Nam illud quod de gratiosa concessione praesumptiva adnetum est, facile convelli potest, si supponimus id quod supponere debemus, plerumque talem immemorialem praescriptionem principe ignorante, et de suis juribus non satis informato, suam tandem accepisse validitatem. Quemadmodum enim principes rarissime absque causa gratiam alicui indulgere solent; ita multo minus tacite hoc fecisse dici possunt, et ordinarie ejusmodi praescriptionibus ansam dederunt temporum vicissitudines statusque publici variae perturbationes, id quod exemplis exemptionum et immunitatum statuum imperii, turbato statu reipubl. in libertatem emergentium, probari potest. Plerumque etiam concurrit negligentia eorum, quibus curae cordique esse debebat, jura principum suorum investigare, et contra subditos asserere, ex qua rursus gratiosa concessio principis elici nequit. Et ut tandem dicam quod sentiam, sicuti immemorialis praescriptio titulum nullum requirit, ita, ut nec allegatio tituli necessaria sit, Menoch. *de praesumpt. praes.* 131. *n.* 26. August. in Barbosa *in collect. ad cap.* 26. *x. de v. s. n.* 9. ita frustra quaeri videtur, quis et qualis titulus supponi debeat. Et tandem, sicuti munitior via in dubio praesumenda; ita et in hac praescriptione talis praesumendus est titulus, qui omnium validissimus et efficacissimus sit.

§. 14. Interim si effectum ipsum hisce privilegiis concomitantem respicimus, magis talia privilegia accedere videntur titulo oneroso quaesitis quam gratiosis. In effectu enim parum vel nihil prodesset tale privilegium, si gratiosis annumerandum esset, cum sic princeps facillime id posset revocare, cum tamen huic praescriptioni majorem tribuant firmitatem, quam concessioni ex oneroso titulo quaesitae, *arg. c.* 26. *x. de v. s. et rec. imp. de anno* 1548. §. *Wann auch etc.* ubi multum exemptionibus memoriam hominum excedentibus tribuitur. Unde fere haec unica exemptionis causa in processu fiscali hodie maxime attenditur. Vietor *de exempt. concl.* 17. Gylmann. *l. symphor.* 2. *tit.* 11. *voto* 4. *n.* 58. Meichsner. *dec. cam.* 61. *n.* 71. *lib.* 3. Ex quo factum; quod praescriptioni immemoriali dd. communiter illos effectus attribuerint, qui proprii sunt privilegiis titulo oneroso acquisitis. Sic immunitas praescriptione acquisita censetur esse realis, quae praesumptio inprimis pro privilegiis onerosis militat. Klock. *de contrib. cap.* 16. *n.* 74. Cravetta *consil.* 10. *n.* 11. Tandem accedit et illa ratio, quod per talem praescriptionem jus irrevocabile et firmissimum acquiratur, cum aequipararetur privilegio *ex certa scientia* concesso, Knipschild *de jur. et privil. civit. imper. lib.* 1. *c.* 12. *n.* 35. Cravetta *cons.* 10. *n.* 11. Mynsing. *i. o.* 30. adeo ut etiam reservata inde possint acquiri. Maul. *de homag. lib.* 10. *n.* 14. Knipschild. *cit. l.* Quod tot exemplis illustribus in imperio nostro conspicuum est, quae omnia magis accedunt ad naturam privilegiorum titulo oneroso acquisitorum, quam gratiosorum. Hinc denique concludo, licet in praescriptione non possit aliquis titulus proprie dictus supponi, tamen privilegium ita acquisitum ad minimum vim habet privilegii titulo oneroso quaesiti, imo aliquando plus operatur. Carol. Tapia *ad l.* 3. *ff. de const. pr.* 2. *c.* 9. *n.* 23. *seq.* ubi dicit, quod tale privilegium habeat vim contractus. Cravetta *cons.* 10. *n.* 11. Roland. a Valle *p.* 2. *cons.* 86, *n.* 40. ubi id plenius evincit. Socin. *cons.* 297. *n.* 3.

§. 15. Atque haec ita se habent, si de qualitate tituli satis constat. Cum vero saepius causa concedendi privilegii, quae ab initio satis certa fuit, ex post facto obscura esse possit, hinc quaestio e surgit, an in dubio privilegium magis gratiosum an vero titulo oneroso acquisitum censeri debeat? Equidem Georg. Eberhard- *vol.* 1. *consil.* 8. *n.* 1. *seqq.* posterius magis praesumi arbitratur; quem sequitur Casp. Klock. *de contr. c.* 16. *sect.* 1. *num.* 191. inquiens: *hodie immunitates et exemptiones non solent concedi sine aliqua causa et compensatione, cum domini subditos suos potius excorient et eorum propria auferant, quam illis aliquid donant.* Contrarium videtur ex iis colligi posse, quae fusius de liberalitate principum congessit Carol. Tapia *ad l. fin. ff. de const. pr. ad rubr. c.* 4. Verum quamvis non negemus, indulgentiam et liberalitatem optimum in principe esse ornamentum; tamen hic non quaeritur, quid fieri debeat, sed quid fieri soleat. Et sic animadvertimus, quod rarissime privilegia ex mera gratia impetrari soleant, sed plerumque causa aliqua onerosa illa eliciat, cum et principes sint homines, in quibus communiter donatio non praesumitur. Jam vero ab eo, quod ordinarie fit, capienda est praesumptio, et sic sententia Klockii eatenus praevalebit. Confirmat hoc ipsum quoque communis politicorum sententia, quod privilegia absque gravissima causa, quae plerumque odiosa est, non sint concedenda, quam praxin in dubio princeps secutus credendus est.

§. 16. Quod si denique privilegium ob benemerita concessum, utique ibidem constare debet de meritis. Et quidem cum plerumque in ipso diplomate princeps asserere soleat, se egregiis meritis privilegiati motum esse ad privilegium hoc concedendum; hinc volunt, principi de meritis affirmanti plenam fidem esse adhibendam, etsi privilegiatus merita aliter docere, vel ostendere nequeat. Tiber. Decian. *lib.* 1. *resp.* 25. *num.* 37. *seqq.* Rauchbar. *part. poster. quaest.* 11. *num.* 18. *seqq.* Natta *cons.* 522. *num.* 31. Casp. Klock. *de contrib. cap.* 16. *sect.* 1 *num.* 187. Et quamvis in privatorum donationibus distingui soleat, utrum assertio talis sit vel generalis aut specialis, ita ut priori casu non censeantur statim probata benemerita, cum tales clausulae de stylo curiae ordinarie instrumentis concessionum adjici soleant, imo nihil certi asserant sed satis indefinitae sint, adeoque merita haud probent: tamen in principum concessionibus pleniorem fidem operantur, nisi agatur de praejudicio tertii; nam tunc non potest credi simplici principis assertioni. Klock. *cit. l.* Cephal. *vol.* 1. *cons.* 18. *num* 94. Rol. a Valle *vol.* 1. *cons.* 18. *num.* 94. Quod si autem in instrumento privilegii non foret facta mentio benemeritorum, et tamen quis praecise in iis se fundet, tunc specifice illae debent probari, sunt enim facti; Menoch. *cons.* 29. *num.* 20. et quidem ita, ut simul quantitas eorum doceatur, cum ut superius dictum, ad effectum, ut possit tale privilegium dici titulo oneroso quaesitum, simul necessarium sit, ut quaedam adsit proportio et commensuratio inter privilegium et benemerita, ubi multum arbitrio judicis relinquendum. Gail. 2. *o.* 38. *num.* 6. Menoch. *de arb. jud. qu. l.* 2. *cent.* 2. *cas.* 132. *seq.* Dn. Praeses *in cit. disp. de benemerit. c.* 2. *n.* 17. *seqq.*

CAPUT III.

De efficacia privilegii titulo oneroso quaesiti.

SUMMARIA

Ostenduntur quaedam differentiae inter tit. onerosum et lucrativum. In legato. In actione pauliana. In evictione. Aedilitio edicto. In alienatione minorum. et in aliis. §. 1.
Effectus privilegii onerosi. Praesumitur reale. Idem si praescriptione quaesitum. §. 2.
Quid si ob benemerita? §. 3.
Privilegia onerosa sunt irrevocabilia. §. 4.
De revocatione privilegii gratiosi. §. 5.
Privilegium onerosum potentius. §. 6.
Quid de plenitudine potestatis? §. 7.
Valida hic adest obligatio principis. §. 8.
Generalis abrogatio privilegiorum non tollit onerosa. §. 9.
An ex obligatione principis subdito jus perfectum nascatur? §. 10.
Idem in privilegio ob benemerita. §. 11.
Obligatio illa transit ad successores. §. 12.
Pecunia pro privilegio data probe debet esse versa. §. 13.
Hinc si male versa non tenetur successor. §. 14.
An exigente utilitate publica possint revocari? Rationes affirmantium. §. 15.
Rationes negantium. §. 16.
Decisio sub distinctione proponitur. An-non-subdito concessum sit. §. 17.
An subdito? §. 18.
Aliud si praesens reipubl. damnum non concurrat. §. 19.
Tempore necessitatis privilegia tantum suspenduntur. §. 20.
Quid si privilegium etiam casum necessitatis contineat? §. 21.
Privilegia onerosa propter delictum auferri possunt. §. 22.
Privilegio revocato danda est reputatio. §. 23.
An privilegia onerosa non usu amittantur? §. 24.
Privilegium ob benemerita censetur motu proprio concessum. §. 25.
De interpretatione talis privilegii.
Conclusio.

§. 1. Quemadmodum in *capite antecedenti* ostendi, quod distinctio inter titulum onerosum et lucrativum frequentissima in jure sit: ita multiplicem in materiis juridicis praestat utilitatem, ut proinde eo majorem et accuratiorem disquisitionem postulaverit; cum aliis distinctiones nullum praestantes usum merito repudiandae sint. Liceat saltem hic quasi per indicem quaedam referre, ut appareat, quanta eidem insit virtus et

efficacia. Sic (I) in legato satis evidens apparet utilitas. Quodsi enim legatarius rei legatae dominium ex causa onerosa jam acquisivit, pretium rei actione ex testamento petere potest. §. 6. *j. de leg. l.* 84. §. 5. *l.* 45. *pr. de leg.* 1. Et quidem vel totius rei, si totam eam titulo oneroso acquisivit, vel si non totam, ejus saltem partis, quam emit, pretium recipiet. §. 9. *j. eod.* At, si ex causa lucrativa ipsam rem sibi legatam sit consecutus legatarius, legatum evanescit, quia duae lucrativae causae in eumdem hominem et eamdem rem concurrere non possunt. *cit.* §. 6. Unde inter modos tollendi obligationem refertur concursus duarum obligationum lucrativarum. *l.* 17. *de o. et a. l.* 18. *l.* 19. *eod.* Carpz. *p.* 3. *c.* 18. *d.* 26. *n.* 5. *et* 6. (II.) In actione pauliana tantum illa revocantur, quae in fraudem creditorum in alterum translata sunt titulo lucrativo; *l.* 6. §. 11. *ff. quae in fraud. cred.* Molin. 2. *de j. et j. m.* 329. *n.* 3. *seqq.* quae vero titulo oneroso, non itidem, nisi accipiens fraudis fuerit particeps *l.* 10. §. 2. *eod.* (III.) Evictio praestanda in contractibus onerosis; *l.* 52. *ff. de edict. l.* 29. *c. eod.* Struv. *exerc.* 17. *th.* 16. non vero in rebus lucrativo titulo acquisitis. *l.* 18. §. *f. de donat. l.* 2. *c. de evict.* Unde in feudo quoque evictio praestanda, quia non est merum beneficium. 2. *f.* 23. (IV.) Aedilitium edictum exercetur tantum in rebus titulo oneroso acquisitis, sed non in lucrativo. *l.* 62. *ff. de aedil. ed.* Franzk. *ad cit. tit. n.* 54. (V.) Si quid illicite alienatum de rebus pupillorum vel minorum, siquidem oneroso titulo, convalescit alienatio, si minor major factus quinquennio siluerit. *l. fin. c. si maj. fact. ratib.* Carpz: *lib.* 3. *resp.* 76. Berlich. *decis.* 112. *n.* 4. Si vero ex titulo lucrativo alienatio facta, tunc non quinquennio, sed post XXV. aetatis annum, inter praesentes X. inter absentes vero XX. demum annorum silentio confirmatur, modo accipiens in bona fid fuerit. *l. fin. c. si quis ign. rem. min.* (VI.) Sic in plurimis aliis negotiis titulo oneroso alienatum facilius subsistit, quam titulo lucrativo, uti apparet ex donationibus factis inter conjuges etc.

§. 2. Sic etiam privilegia titulo oneroso acquisita insignem efficaciam et praerogativam prae aliis gratiosis in jure habent, adeoque insignem in hac quoque materia haec distinctio utilitatem praebet. Sic (I.) nota est distinctio inter privilegia *realia et personalia.* Illa ipsi rei cohaerent, et transeunt cum re ipsa ad omnem possessorem; haec vero cum persona extinguuntur, nec ad haeredes, multo minus ad alios transeunt, *l.* 68. *l.* 169. *ff. de reg. jur. l.* 1. §. 43. *de aqua. cot.* nisi in specie per legis provisionem simul ad alios extensa sint, quales casus plena manu refert dn. Hertius *in disp. de transit. privil. pers. ad al.* Quamvis vero in thesi haec satis bene sese habeant, tamen in applicatione saepius dubium oritur, quale nimirum concessum videatur privilegium, utrum personale, an reale? Nonnulli quidem in genere omne privilegium in dubio praesumi personale asserunt, quod in obscuro illud quod minimum est, sequi debeamus, *l.* 56. *ff. de r. j.* et quia in dubio praesumendum, minus recessum esse a jure communi. Natta *cons.* 163. *n.* 16. Cravetta. *cons.* 404. *n.* 2. Mascard. *de probat. concl.* 338. Plures hac de re congessit conjecturas Menoch, *de praes. lib.* 3. *praes.* 103. et infinitum foret, omnes doctorum opiniones hic recensere. In eo tamen video plerosque convenire, quo mere gratiosum magis personale praesumendum sit, quoniam hoc in solius personae favorem est concessum, adeoque intuitu solius personae hoc concedere voluisse princeps credendus est. Sed diversa est ratio in privilegiis titulo oneroso seu mediante contractu quaesitis, quae magis realia praesumi debent, etiam si haeredum ne quidem facta fuerit mentio, idque propter naturam contractus, quia quilibet etiam pro haeredibus contraxisse praesumitur. *l.* 9. *ff. de prob.* Gail. *lib.* 2. *obs.* 2. *n.* 15. Carol. Tapia *ad l.* 3. *de const. princ. p.* 2. *c.* 3. *n.* 21. Menoch. *cit. l.* Adeoque qui pro pecunia immunitatem acquirit, non tantum sibi, sed et successoribus suis prodesse cogitat. Klock. *de contrib. c.* 16. *s.* 1. *n.* 73. Rosenthal. *de feud cap.* 5. *concl.* 58. *n.* 6. *lit. k.* Atque illud ipsum multo magis in privilegiis praescriptione immemoriali quaesitis locum habet, cum semper acquiratur rei, cujus favore acquiritur. Cravetta *cons.* 10. *n.* 11. Surdus *cons.* 525. *n.* 25. Klock. *cit. l. n.* 74.

§. 3. Utrum autem eadem praesumptio capienda sit in privilegiis propter benemerita concessis, nonnullos in dubium vocasse animadverti, motos inprimis ea ratione, quod imperator militibus multa privilegia concesserit, quae tamen ad haeredes non transeant, licet ob illorum benemerita fuerint concessa; *l.* 26. *in f. de test. milit. l.* 13. §. 2. *de re milit.* quam in sententiam inclinat Enenkel. *de privil. l.* 2. *c.* 4. *n.* 56. cui adhuc alii hanc addunt rationem, quod persona nihilominus videatur fuisse causa immediata privilegii. Cravetta. *cons.* 929. *in f.* Natta. *cons.* 164. *n.* 20. Quem in finem Cravetta *cit. l.* adducit *l.* 1. *in f. ff. de const. princ.* ubi dicitur, quod ad constitutiones personales referatur casus, si princeps quid alicui ob benemerita indulsit. Verum abutitur textu allegato, cum privilegium ex eo non sit personale, quod ibi casus allatus referatur ad constitutiones personales, cum omnia privilegia, sive realia fuerint, sive personalia, generaliter sub constitutionibus personalibus comprehendantur. Nec altera ratio proficit, cum personae qualitas quidem principem moveat ad privilegium concedendum, non tamen persona est unica causa concessionis, sed potius ejus benemerita, ad quae compensanda privilegium concessit, et ita potius remunerandi animum habuisse apparet, ubi magis titulus onerosus subesse videtur. Neque denique aliquid in recessu habet ratio ab Enenkelio adducta, quia longe aliud est, utrum generaliter ob benemerita, certo personarum ordini privilegium indulgeatur, an vero specialiter certae personae ob hujus specialia merita aliquid concedatur, ubi magis certe remunerandi animus adest. Sicut in priori casu potius provocatio quaedam ad merita perpetranda subesse videtur: unde plerique talia privilegia realia existimanda esse autumant. Klock. *c. l.* 186. Surdus *conf.* 140. *n.* 14. Menoch. *c. l. n.* 13. Tapia. *cit. tr. p* 2. *c.* 3. *n.* 28. Herman. Vultej. *vol.* 3. *cons.* 35. *n.* 111.

§. 4. Inprimis vero (II.) efficacia privilegiorum titulo oneroso acquisitorum sese exserit in eo, quod sint irrevocabilia. Sed hic ingentes dd. fluctus, variasque inter se pugnantes sententias deprehendo. Sunt enim, qui principi dant jus revocandi omnia privilegia, quocumque modo quaesita fuerint, quaecumque demum causa adsit: quam sententiam inprimis tuetur Hobbes. *de cive c.* 6. §. 13. *seq. et in Leviath. c.* 18. *p.* 88. a qua opinione non alienus esse videtur Bodi-

nus *de republ. lib.* 1. *c.* 8. motus praeprimis eo fundamento, quod omne privilegium lex sit, adeoque sicuti principi competit vis legum ferendarum, ita eidem libertas auferri nequeat ll. abrogandarum. Reliqua ejus argumenta expendit, et quantum iis roboris tribui possit, ostendit Conring. *de priv. rect. conf. et revoc. n.* 45. *seqq.* Alii tamen hanc libertatem unice restringunt ad sola gratiosa privilegia, quod ipse princeps concedens, vel ejus successor pro lubitu haec revocare possit. Rol. a Valle. *cons.* 66. *n.* 8. *seqq.* Simon. de Praelis. *cent.* 3. *cons.* 20. *n.* 27. Gutierrez. *tr. de cabell. quaest.* 4. *n.* 9. Mantica *de tacit. et amb. convent. lib.* 13. *tit.* 40. *n.* 8. Marescott. *p.* 2. *res.* 30. *n.* 10. Fundamenta hujus sententiae examinant Klock. *de contrib. c.* 16. *s.* 1. *n.* 131. *seqq.* Rauchb. *part. post. qu.* 11. *n.* 20. *seqq. et n.* 34. *seqq.* Ziegler. *de jur. maj. lib.* 1. *c.* 12. §. 12. Non vero illa quae titulo oneroso concessa, in quo plerique assensum praebent.

§. 5. Equidem circa gratiosa res una decisione absolvi nequit, cum varia ratione concedi possint. Quaedam enim conceduntur ad bene placitum principis, quemadmodum rex Galliae omnia officia et privilegia subditis conferre solet cum clausula: *pour en jour tant, qu'il nous plaira, quamdiu nobis placuerit.* Joseph. Giballinus *in scient. canon. et hieropolit. tit.* 1. *lib.* 4. *c.* 9. §. 6. *n.* 2. Et cum haec jura sint mere precaria, non dubium est, quin princeps pro lubitu illa revocare possit ex natura precarii; Rauchb. *cit. l. n.* 128. quamvis, quod nonnulli volunt, morte concedentis talia non possint dici revocata, ut solide Klock. *de contrib. c.* 16. *sect.* 1. *n.* 121. *seqq.* deducit. Et huc pleraque privilegia, ex sola et mera gratia, absque ullo merito concessa, in dubio esse referenda putarem, quatenus scilicet ex verbis concessionis aliud haud constat; sicuti alias quoque magis precarium quam absoluta donatio praesumitur. Quod si vero ex ipsis verbis, de perpetuo in privilegiatum translato jure constaret: tunc eamdem libertatem revocandi privilegia principi denegandam esse existimo, tum, quod ita donationem referat, tum etiam, quod princeps ipse suis obligetur pactis; et huc spectant argumenta adducta a Rauchb. *c. l. n.* 34. Ziegl. *c. l.* §. 13. Klock. *c. l. n.* 134. Quamvis in successore titulo singulari succedente non eadem sit ratio, uti infra videbimus. Aliqua ita causa accedente, dd. revocationem facilius concedunt, quamvis saepius regulis prudentiae talis revocatio repugnet, uti optime declaravit Conring. *disp.* §. 81. *et seqq.* Ut denique et dicam, quid ego sentiam, quamvis ddres plura de irrevocabilitate horum privilegiorum congerere soleant, tot tamen limitationes subjungunt, ex quibus fere omnis vis regulae detrahitur, ut adeoque principi facile sit talia privilegia revocare.

§. 6. Majorem itaque efficaciam habent privilegia titulo oneroso quaesita, et quidem, quod attinet illa ipsa, quae interveniente aliquo pretio sunt comparata, in contractum onerosum incidunt, ex quo perfecta obligatio in principe oritur, ut nec eadem revocare possit; nam in contractibus princeps ex lege naturae eadem obligatur firmitate ut privatus, et princeps eodem modo fidem servare tenetur, uti quilibet alius. Accedit, quod illud, quod per contractum quaesitum est, ita proprium contrahenti fiat, ut nemini ab illo recedere amplius sit licitum; quod enim antea fuit voluntatis, id ex post facto factum est necessitatis. Atque hanc sententiam plerique, si exceperis Bodinum et Hobbesium supra allegatos, fortissimis defendunt argumentis. Petr. Belluga *in spec. princ. pag.* 10. *et* 62. *n.* 85. Hermann. Vultej. *vol.* 3. *consil.* 35. *n,* 111. Caelius Bichius. *decis.* 110. *n.* 21. Novarius *de vassall. gravam. tom.* 1. *grav.* 347. *n.* 2. *seqq.* Joh. Petr. Actolinus. *resol.* 1. *n.* 76. Jacob. Cancerius. *in resol. p.* 3. *c.* 111. *n.* 153. Joh. Franc. Andreoli. *controv. for. n.* 2. *seqq.* Rol. a Valle. *vol.* 2. *consil.* 76. *n.* 19. Anell. de Amatis. *consil.* 33. *n.* 4. *seqq.* Hercules Marescottus *l.* 2. *res.* 23. *n.* 4. 5. 6. Marc. Ant. Peregrinus *de jur. fisc. l.* 1. *t.* 3. *n.* 28. Myler. ab Ehrenbach. *de princ. et stat. imp. cap.* 49. §. 11. Enenkel. *de privil. l.* 3. *cap.* 8. Klockius *cit. l. n.* 147.

§. 7. Equidem quando quaestio est, quid princeps facere possit, distinguere communiter solent inter principis potestatem absolutam, seu ejus plenitudinem, et ordinatam, ita ut plus possit ex plenitudine quam ex ordinata potestate. *Hoc enim casu* sit Baldus *in c. cum super. col.* 1. *de causa possess. et propriet. nemo potest dicere cur ita facis, quia tunc est supra jus et extra jus, et est omnia.* Petra. *de jur. quaes. per princ. non toll. c.* 24. *n.* 10. *et c.* 3. *quaest.* 3. *n.* 2. Quamvis vero haec distinctio sit ineptum Jctorum figmentum, et tyrannidem quamdam sapere videatur, uti recte asserunt dn. Coccejus *jur. publ. prud. c.* 20. §. 39. Molin. *de j. et j. tr.* 2. *d.* 2. *disp.* 174. Ill. dn. de Rhez. *de absol. princ. pot. c.* 3. §. 2. *in f.* tamen illi ipsi qui hanc distinctionem amant, non ansam dederunt, ut illa huc applicaretur, unanimiter asserentes, principem ne quidem ex plenitudine potestatis talia privilegia revocare posse. Andreoli *c. l. n.* 12. *consil. Tubing.* 57. *n.* 133. Andr. Gylmann. *Symphorem. tom.* 4. *p.* 1. *vol.* 30. *n.* 240. Knipschild. *de jur. et priv. civit. imp. l.* 5. *c.* 3. *n.* 56. Rauchbar. *c. l. n.* 3. et ibi *alleg.* Ex quo efficacia horum privilegiorum eo magis elucescit, cum alias hanc potestatem absolutam principi haud denegassent.

§. 8. Transit itaque tale privilegium in naturam contractus, adeoque principibus hic non tribui potest praerogativa quoad vinculum obligandi prae privato. Quemadmodum vero Grotius *de j. b. ac p. l.* 1. *c.* 3. §. 10. monet, ne quis in rebus politicis dijudicandis decipiatur rerum externarum specie; ita quoque in hujusmodi privilegiis non dijudicanda est eorum natura ab externa verborum conceptione, sed potius videndum ad originem et causam negotii. Nam plerumque ejusmodi verba adhiberi solent in omnibus privilegiis, quae indistincte indicant ex mera gratia et indulgentia principis hoc privilegium promanasse, cum tamen interveniente pretio comparatum et quasi emptum sit. Optime hanc in rem Petr. Belluga. *in spec. pr. p.* 477. *n.* 7. *quod si,* ait: *princeps recipit pretium pro concessione legis, significat venditionem etiamsi princeps uteretur hoc verbo, indulgemus, vel simili, et esset contractus irrevocabilis, et non privilegium.* conf. id. *c. l. p.* 401. *n.* 2. Joh. Franc. Andreoli. *contr. for.* 408. *n.* 13. Gozadinus. *cons.* 14. *in fin. et cons.* 62. *n.* 19. Hect. Capycius Latro. *decis. neapol.* 121. *n.* 15. de Amatis. *consil.* 33. *n.* 11.

§. 9. Ex quo nunc doctores concludunt, per generalem derogationem omnium privilegiorum non intel-

ligi debere derogata privilegia pretio aut ex causa onerosa acquisita, quia ut hactenus dictum est, non tale est privilegium, sed contractus emptionis, qui a principe revocari non potest. Posset haec assertio utilitatem praebere in ejusmodi casu, si alicui immunitas pretio interveniente esset concessa, et princeps postea certam pecuniae summam omnibus imponeret subditis, cum clausula: *non obstantibus quibuscumque indulgentiis et privilegiis*, tunc haud gravari posse videntur ex causa onerosa, sed tantum ex lucrativa. Castrens. *cons.* 318. *n.* 3. *l.* 1. Andreoli. *cit. l. n.* 15. *et* 16. Optime hoc declarat Hondedeus *vol.* 2. *cons.* 88. *n.* 43. his verbis: *nec de voluntate principis constat sufficienter et verbis indubiis ponderatis, non obstantibus quibuscumque indulgentiis et privilegiis, quia quando privilegia transierunt in contractum, ut constet de voluntate principis illis derogandi non sufficit generalis derogatio, etiam amplissima, sed specialis exigitur, alias dicitur principem illis derogare noluisse.*

§. 10. Mire et varie de obligatione principis, ejusque efficacia alia sentiunt doctores, dum differentiam eximiam esse statuunt inter contractus privatorum, et contractus principis cum subditis; ibi adesse quidem jus et obligationem perfectam, hoc casu vero subditos jus perfectum acquirere non posse, cum nullo modo principem cogere valeant. Verum duo hic confundi animadverto; nam aliud est, utrum princeps in se non obligetur efficaciter, quod nemo negabit, quia aeque jure naturae subjicitur ac si esset privatus, et hoc quidem efficaciter operatur ac in sublito; aliud vero est, an semper princeps a subdito ad fidem contractus servandam in foro externo aeque efficaciter cogi possit, ac quidem subditus a principe; quod regulariter negatur, non ob defectum obligationis, sed ob potentiam debitoris, qui cogi nequit. Cum enim cives se ejus voluntati semel submiserint, non potuit cum ordine imperandi et parendi subsistere resistentia seu jus cogendi principem; quamvis optimi principes permittere soleant in propriis conveniri tribunalibus, licet exactio sequi non possit, si princeps sponte sententiae satisfacere noluit. Vitriar. *inst. jur. nat. et gen. l.* 2. *c* 14. *qu.* 11. confer. Culpis. *in coll. grot. exerc.* 7. *p.* 78. Boecl. *inst. polit. l.* 2. *c.* 5. *p.* 107. Quando itaque dil. de pactis aut contractibus cum subditis initis dicunt, quod aeque efficaciter ut privatus, vel potius arctius quam privatus, obligetur, id intelligendum est secundum declarationem hactenus datam. Rauchb. *cit. l. n.* 45. Andreoli. *cit. l. n.* 4. *seqq.* Klock. *de contr. cit. l. n.* 153. Anell. de Amat. *cit. l. n.* 9. Decius *cons.* 285. *n.* 7. Roll. a Valle. *cons.* 1. *n.* 26. *et* 29. Zas. *vol.* 2. *cons.* 19. *n.* 4. Marc. Ant. Peregr. *de jure fisci tit.* 3. *lib.* 1. *n.* 28. *et* 44. Herm. Vultej. *in consil.* 17. *vol.* 4. *num.* 59.

§. 11. Eadem efficacia jam quoque tribuitur privilegiis ob bene merita impetratis, quae itidem revocari non possunt: quod adeo verum est, ut neminem de eo dissentientem vidisse testetur Marquardus de *jur. merc. l.* 1. *c.* 6. *n.* 38. quia vis hujusmodi privilegii tanta est, ut aequipararetur contractui imo transeat in ipsum contractum. Arentin. *in c.* 1. *col.* 2. *de constit.* Ant. Gabriel. Roman. *l.* 3. *concl.* 3. *n.* 7. Ant. Petr. de Petra *de jur. quaes. per princ. non toll. c.* 24. *n.* 256. Regn. Sixtin. *de regal. l.* 1. *c.* 6. *n.* 13. Th. Grammatic. *decis. neapol.* 65. *n.* 28. Vultej. *vol.* 3. *cons.* 19. *n.* 126. Franc. Bursat. *vol.* 2. *cons.* 160. *n.* 33. Unde et tale privilegium praesumitur esse reale et in haeredes transitorium. Vultej. *c. l. cons.* 35. *n.* 111. conf. Knipschild. *cit. l. n.* 60. Bursat. *cons.* 60. *n.* 36. *seqq.* Klockius. *cit. l.* 178. Qui omnes in eo conveniunt, quod tale privilegium non sit simplex gratia, sed quaedam permutatio, et qui remunerat, non tam liberalitatem exercet, sed naturae debitum solvit. Pruckmann. *vol.* 1. *cons.* 39. *n.* 51. Rauchb. *p. post quaest.* 11. *n.* 12. *seqq.* Quae adeo extenduntur, ut princeps, ne quidem ex certa scientia vel plenitudine potestatis, hujusmodi privilegium revocare possit. Ferdin. Vasquius *l.* 1. *controv. illustr. c.* 2. *n.* 5.

§. 12. Utrobique efficacia non tantum stringit ipsos concedentes sed et successores, et quidem non solum eos, qui jure haereditario succedunt, nam hi absque dubio tenentur ut haeredes; verum etiam illos, qui jure singulari, vel proprio, ex lege succedunt, Carol. Tapia. *ad l.* 3. *de const. princ. p.* 2. *c.* 9. *n.* 11. Natta *lib.* 1. *cons.* 122. *n.* 3. Cravetta. *cons.* 241. *n.* 7. Reinking. *de regim. sec. et eccl. l.* 1. *class.* 3. *cap.* 10. Vultej. *vol.* 4. *cons.* 16. *n.* 34. *et seqq. et cons.* 17. *n.* 58. Knipschild. *cit. l. n.* 51. Attamen: quod successorem non jure haereditario, sed proprio succedentem attinet, ille non semper ex contractu antecessoris obligatur, uti quidem is, qui jure haereditario succedit: Enenkel. *de priv. l.* 3. *c.* 11. *n.* 30. Nam hic non tam personae successor est, quam ipsius dignitatis et officii. Reinking. *cit. l. n.* 18. Ut itaque, qui jure proprio succedit, ad haec privilegia non revocanda obligetur ante omnia requiritur, ut concessio talis privilegii ad utilitatem et dignitatem reip. sit facta, veluti si pecunia pro privilegio data, in universi territorii utilitatem si versa; si merita, propter quae beneficium concessum, non sint particularia, sed unde totius reip. utilitas promanavit: sic enim factum antecessoris est factum successoris, et quia antecessor ratione officii contraxit, omnis quoque qui hoc officium gerit, ad illum contractum servandum obligabitur. Brunnem. *consil.* 1. *n.* 35. *et seqq.* Carol. Tapia *cit. l. n.* 12. Cravetta. *cons.* 141. *n.* 17. Reinking. *cit. l. n.* 23. Enenkel. *cit. l. n.* 36. Possunt hic optime applicari verba Gregorii Magni *in c.* 4. *c.* 15. *quaest.* 1. ubi ait: *si ea destruerem quae antecessores nostri statuerunt, non constructor sed destructor esse juste comprobarer.* Neque haec conclusio singularis est in hac tantum de non revocandis hujusmodi privilegiis obligatione, sed cum generali aequitate nitatur, etiam in aliis obligationibus vi officii, h. e. in utilitatem regni vel principatus constitutis locum habet. Sic itaque successor in episcopatu, qui itidem jure proprio succedit, tenetur solvere debita ob utilitatem ecclesiae a praedecessore contracta, cum haec non possint dici debita episcopi, sed ecclesiae. *c.* 1. *x. de solut.* Petr. Peck. *de eccles. aedif. c.* 19. Sic etiam alii contractus ex utilitate ecclesiae facti subsistunt et a successore servandi sunt, prout late hoc deducit cardinalis Mantica *in vatic. lucubrat. de tacit. et ambig. convent.* Equidem solent hi, qui tale privilegium possident, confirmationem a principe successore petere; sed haec melioris securitatis gratia solet postulari, non autem necessaria est. Rauchb. *cit. l. n.* 73.

§. 13. Quemadmodum vero tum ipsa benemerita, tum pretium, vel aliud quid, vicem pretii obtinens,

in evidentem reipubl. utilitatem debent esse versa; ita ibidem princeps privilegium hoc nomine concedens curam habere debet, ne majus damnum vel detrimentum per hanc indulgentiam reip. afferat, quam ex praestatione utilitatem accepit respubl. Nam ita re vera princeps plus noceret, quam prodesset reip. et hoc intuitu nulla nec in concedente, nec in successore nasci posset obligatio ad tale summe noxium privilegium servandum. Zas. *de feud. p.* 1. *n.* 13. Klock. *cit. l. n.* 198. Sicuti itaque demanialia bona cum damno reipubl. ob bene merita in aliquem translata revocari possunt. Brunn. *cons.* 1. *n.* 178. *seqq.* Dn. Praes. *in disp. de bene merit. c.* 3. *n.* 68. *et seqq.* Ita etiam talia privilegia. Exemplum esse posset: si princeps senatui cuidam pro pretio, vel ob bene merita, rationum redditionem in damnum et detrimentum reipubl. per privilegium remisisset; quis diceret tale privilegium vim et efficaciam aliquam habere posse? Certe illud contra evidentissimam reipubl. salutem ansam praeberet ad quaevis delicta et defraudationes porro perpetrandas. Jam autem omne privilegium quod caret justitia, quod publicae saluti e diametro repugnat, merito ab initio pro invalido nullo habendum, adeoque nullam obligationem haberet, si vel maxime accesserit juramentum, quia hoc non debet esse vinculum iniquitatis. conf. dn. Praeses *disp. de jure princ. circa rat. civit. c.* 2. *n.* 59. *seqq.* Tapia. *cit. l. n.* 34. Franc. Niger Cyriacus *l.* 1. *contr.* 75. *n.* 20. *seqq.*

§. 14. Fluit quoque ex hypothesi §. 12. exposita, successorem non obligari ex concessione privilegiorum pro pretio, etiam ingenti, indultorum, quando illud non in hujus territorii, cujus successor est, utilitatem versum est, neque eo nomine privilegium concessum. Quamvis enim possit contingere, ut in alterius territorii, principatus vel regni, quod simul concedens alio jure possidet, emolumentum versum sit: illud tamen huic territorio non potest aliquod afferre commodum, quatenus nullam connexionem cum reliquis territoriis habet, neque successor in utrumque, sed tantum in hoc succedit. Exemplum est in principe duos vel tres episcopatus habente, id quod hodie non adeo raro contingere solet, qui, si subdito hujus dioeceseos privilegium concedit in hac dioecesi sese exserens, pretium autem eo nomine acceptum in alterius ecclesiae commodum convertat, nulla erit obligatio in successore hujus dioeceseos ad privilegium hoc servandum. Talis enim princeps, qui plures episcopatus sustinet, plures gerit personas, et sic intuitu cujuslibet contrahit: adeoque qui pecuniam in alterius ecclesiae utilitatem vertit, non potest dici contraxisse qua episcopus hujus ecclesiae, et sic nec obligare successorem in officio. Et hinc dd. semper supponunt quoad irrevocabilitatem hujus privilegii, ut illud, quod a privilegiato praestitum est, in ejus territorii commodum, respectu cujus privilegium habet, sit versum. Myler. ab Ehrenbach, *in nomol. cap.* 13. §. 4. Reinking. *cit. l. n.* 23. *seqq.*

§. 15. Gravior inspectio est, an talia privilegia titulo oneroso quaesita ex postfacto revocari possint, si utilitas publica id exigat. Sunt qui ajunt, sunt qui negant. Illorum partes tuetur Fachin. *lib.* 8. *contr. jur. c.* 63. *in* 5. *quaest.* Gail. 2. *o.* 56. Menoch. *cons.* 350. *n.* 22. Rauchb. *cit. l. n.* 93. Horum vero castra sequuntur Pruckmann. *de regal. c.* 4. *m.* 2. *effect. n.* 51. Cephal. *cons.* 349. *lib.* 4. *n.* 101. Socin. *l.* 4. *cons.* 86. *n.* 16. Quorum haec est ratio generalis, quod principes non aliis ex causis possint recedere a contractu, quam quibus privati, cum in contractibus suis privatorum jure utantur; imo quod jus naturae aeque obliget principem ac alium, et si haec admitteretur exceptio, existimant, nunquam tuto cum principe posse contrahi, quia semper metuendum esset, ne sub praetexto utilitatis publicae talis revocatio contingat. Hinc in *l.* 1. *c. de his qui ven. aetat. impetr.* dicitur, quod nemo principali auctoritate circumscribendus sit, et in *l.* 13. §. 1. *ff. commun. praedior.* quod res mea nec publico nomine nec privato mihi auferri possit; quo etiam tendit *l.* 7. *c. de omni agr. des.* Quod si enim ipsi principes contractus et pacta non servant, quomodo ajunt, subditos obligabunt ad pacta servanda? Haec et similia illa adducunt, qui pro irrevocabilitate ejusmodi privilegiorum strenue pugnant.

§. 16. Neque spernenda in medium afferunt argumenta hi qui propter utilitatem publicam revocationem indulgent. Dicunt, maximum superesse discrimen inter donationem remuneratoriam, et privilegia ob benemerita concessa, quod quilibet subditus quoad omnes vires obligetur ad succurrendum necessitatibus reipublicae, adeoque non tanta adsit obligatio in principe ad remunerandum, uti quidem in privato: et si vel maxime pretium intervenerit, tamen adhuc superesse illud discrimen ab emptione privata, quod in privilegiis non revocetur quod traditum est, sed quod in futurum tradendum est, adeoque eamdem hic obligationem non esse, multo minus a privatorum negotiis posse firmum duci argumentum. Caeterum licet vel maxime princeps jure naturae obligetur ad promissa servanda, tamen eamdem quoque jure nat. magis obligari ad salutem publicam tuendam, adeoque si forsan collisio quaedam circa haec duo praecepta existat, hoc, quod de tuenda publ. salute praecipit, praeferendum esse, cum salus populi suprema lex esse debeat, et saluti publicae cedere debeat salus privatorum. Ex quibus denique concludunt, subditos injuste postulare, ne privilegium, quod cum salute publica non satis convenit, revocetur a principe, sed principem non tantum posse, verum etiam debere ejusmodi privilegium revocare, cum alias contra officium suum ageret.

§. 17. Multum roboris hisce argumentis inesse fateor, adeoque sua non destitui approbatione. Interim tamen puto distinctius hac in re procedendum. Nam quemadmodum omnia argumenta adducta inprimis eum respiciunt casum, si subdito privilegium concessum: ita adhuc major ratio dubitandi, si non subdito privilegium ex titulo oneroso concessum. Nam respectu hujus evidenter rationes cessant, si modo privilegium ab initio non fuit reip. noxium, sic enim statim non fuisset obligatorium. Quod autem ex post facto contingit, id ei, qui non est membrum hujus civitatis, imputari nequit. Nec audiendos eos puto, qui asseruut, quod huic concessioni insit tacita conditio: *rebus sic stantibus*, nam haec clausula quidem in iis operatur, quae revocari per suam naturam possunt; non autem in contractibus irrevocabilibus. Unde quoque privatorum emptiones ne quidem ex hac clausula rescindi possunt. Bene hoc explicat dn. Vitriar. *inst.*

jur. nat. et gent. lib. 2. c. 14. qu. 17. his verbis: *difficilis et periculosa est haec declaratio, ubi cum exteris agitur, qui bona fide contraxerunt, et nullo jure casus reip. ferre coguntur; imo si talis conditio subintelligeretur, quis unquam exterorum certus esset de suo contractu, et quis cum alio rege vel populo contracturus esset?* conf. Rauchbar. *cit. l. n.* 91. Cephal. *l. 4. cons.* 549. *n.* 101.

§. 18. Quando vero quaestio de subdito, cui titulo oneroso privilegium quaesitum est, volvitur, hoc quidem certum est, utilitatem publicam semper praeferendam esse saluti privatorum. Verum ambiguitas latitat in eo, quod contra salutem publicam est. Duobus enim inprimis modis privilegium saluti publicae repugnare potest. I) Si per illud impediatur tantum majus aliquod bonum, quod alioquin salutem reip. promovere poterat, interim tamen tranquillitatem et felicitatem reip. non adeo turbet, nec aliquam post se iniquitatem trahat: II) Quod iniquum incipit fieri, et tranquillitati reipubl. e diametro repugnat, ita, ut stante illo privilegio non possit salva esse salutis publicae ratio. Jam quidem quoad posteriorem casum facile concedimus, privilegia etiam titulo oneroso quaesita, tunc revocari posse, quia huc inprimis faciunt argumenta illa, quae §. 16. adducta sunt. Et merito quilibet bonus subditus, ob salutem publicam jus suum sponte deseret, veluti, si princeps videat, privilegium collegio vel universitati concessum infinitas parere inter cives discordias, et perpetuas rebelliones, nec aliter ad concordiam et tranquillitatem rempubl. reduci posse, quam abolito tali privilegio; tunc princeps juste poterit, imo debebit ejusmodi noxium privilegium revocare. Sed tales casus, ut puto, sunt rariores, adeoque et talis revocatio rarissime continget.

§. 19. In altero vero casu, qui ut plurimum contingit, contrarium asserendum esse existimo. Nam quamvis hic quoque concurrat salutis publicae ratio, tamen illa non conjuncta est cum evidenti reipublicae detrimento, et adhuc salva stare potest respublica. Praeterea quoque cogitandum, privilegia titulo oneroso quaesita praesupponere ejusmodi praestationes a privilegiario factas, quae utilitatem reip. antea summopere promoverunt, et saepe tantae esse possunt, ut major inde utilitas redundaverit in rempublicam, quam quidem damnum ex privilegio eo nomine concesso. Aequitas itaque omnino suadet, ut cum respubl. hactenus senserit ingens aliquod commodum, non indignetur quoque aliquod ferre incommodum, quod cum antea percepta utilitate compensandum erit. Et denique plerumque talia privilegia ita solent esse comparata, ut aliquid incommodi secum trahant: quae si statim propterea essent revocanda, nulla amplius eorum superforet auctoritas. Fac, principem titulo oneroso concessisse jurisdictionem patrimonialem; fac, eidem dedisse in certis causis privilegium de non appellando: plura certe incommoda exinde nasci posse nemo negabit. Quis vero assereret, statim propterea hoc privilegium revocari posse? Neque admitto supra adjectam differentiam inter emptionem privatorum, et quae cum principe celebratur: nam et inter privatos non semper res uno actu traditur, uti apparet in annuis redditibus redimibilibus, ubi semper adhuc aliquid superesse videtur tradendum, propterea tamen ipsa obligatio in se manet satis salva et incolumis.

§. 20. Alia ratio est necessitatis publicae extremae, quae merito facit cessare omnia privilegia: quo casu tamen magis suspenduntur ad tempus, quam in totum revocantur: veluti si alicui immunitas ab oneribus publicis titulo oneroso, quaesita. Nam hoc casu nec ecclesia, *l. 5. c. de ss. eccl.* nec clerici, *c. 4. et 7. X. de immunit. eccl.* nec nobiles, nec professores, nec ulli alii, qualibuscunque privilegiis muniti, exempti sunt. *l. 10. et 11. de vocat. mun. r. j. de anno* 1551. §. *solche der Staende.* Ziegler. *de jur. maj. l. 2. c. 2.* Neque audiendus hic est Myler. ab Ehrenb. *de pr. et stat. imp. c. 62.* §. 17. asserens, privilegia ex contractu quaesita ne quidem suspendi posse ob extremam necessitatem; quasi contractus necessitatem praestationis habeat etiam in persona summi principis. Nam ad hoc regero, in omni contractu, sicuti in aliis negotiis, semper tacite excipi casum summae necessitatis. Conf. Klock. *de contrib. c. 16. sect. 1. n.* 109. Vultej. *vol. 4. cons. 16. n.* 269. Nic. Boerius *decis.* 134. *n. 2. seqq.* Cum vero ita privilegium non amittatur, sed tantum paulisper ad tempus necessitatis suspendatur; hinc per se fluit; cessante necessitate privilegium ad pristinum redire vigorem,

§. 21. Novum vero hic oritur dubium, an si tenor privilegii ita generalis sit, ut aperte constet, concedentem omnem omnino immunitatem etiam in casu necessitatis concedere voluisse, hoc aliquem effectum habeat? Quod itidem admittit Myler. ab Ehrenb. *c. l.* et exemplo illustrat Klock. *c. l. n.* 114. Sed quaestio praejudicialis est, an summae necessitati renunciari possit? quod potius negandum videtur. Quamvis enim tota respubl. in immunitatem illam etiam tempore necessitatis consenserit; si tamen respubl. non aliter, quam collecta pecunia servari posset, certe pactum hoc ad hunc casum non extendendum. Quid enim, si civitas ab hostili incendio se aliter liberare non posset, quam soluta ingenti pecunia, ad quam tamen exsolvendam reliquorum facultates non sufficerent? quid si obsidione gravi premeretur civitas, nec milites ad defendendam illam acciti, in aliorum civium aedibus omnes commorari haud possent?

§. 22. Denique illud quoque facile largiendum esse existimo, propter delictum commissum auferri posse in poenam privilegia, etiam titulo oneroso quaesita. Cum enim princeps propter delictum jure suo aliquem possit privare, et praeterea omnia bona auferre, si modo haec poena delicto respondeat: quidni etiam privilegium revocare posset? Gail. 1. *ob.* 61. Rauchb. *c. l. n.* 79. Klock. *c. l. n.* 192. Quo etiam pertinet casus, si privilegia in insignem rapiantur abusum. Privilegium enim omnino amittere meretur, qui permissa sibi abutitur potestate, Rauchb. *cit. l. n.* 80. adeo, ut ne quidem valeat factum in contrarium. dn. Praeses *disp. de abus. jur. quaes. c. l. n.* 66. Hinc et regalia etiam per investituram quaesita abusu amittuntur. *r. j. spir. de anno* 1570. §. *alsdann.* dn. Praes. *c. l. c. 4. n.* 30.

§. 23. Caeterum quibus ob publicam utilitatem privilegia titulo oneroso quaesita auferuntur, his ut eo nomine justa aestimatio damni contingentis refundatur, aequissimum est. Rauchb. *c. l. n.* 94. Tapia. *cit. tr. p. 2. c. ult. n.* 33. Quamvis enim justam causam privilegium illud revocandi habere possit: tamen ipsa revocatio non cedere debet in injuriam ejus cui su-

ferior, quod latius persequitur Andr. Mendo *in elucidat. bull. s. cruciat. disp.* 2. *n.* 33. *seqq.* ubi tamen haec addit. *si tamen justa causa interveniente princeps revocet, nec, unde compenset, habeat, poterit sine compensatione revocare, quia ad revocationem jus habet titulumque legitimum.* Quod idem quoque repetit in *append. miscell. ad elucid. disp.* 5. *c.* 2. *n.* 12. Verum vix apprehendere possum, qui fieri queat, ut princeps non possit satisfactionem eo nomine praestare, cum nunquam ipsi facultates deficere possint, alia ratione damnum hoc, quod per revocationem subditus percipit, resarciendi. Et cum haec revocatio in salutem publicam fiat, inprimis aequum est, ut quod pro omnibus factum est, eo nomine omnes contribuant: uti haec eadem aequitatis ratio in lege Rhodia de jactu observatur. Conf. Surd. *vol.* 3. *consil.* 41. *n.* 30. Suarez. *de ll. l.* 8. *c.* 37. *n.* 5. Jo. de Solorzano *de indiar. gubernat. t.* 2. *l.* 2. *c.* 27. *n.* 58. Menoch. *de arbitr. jud. qu. l.* 1. *qu.* 48. *n.* 10.

§. 24. Praeterea hanc quoque efficaciam tribuunt privilegiis, titulo oneroso quaesitis, quod amitti nequeant non usu. Vultej. *vol.* 3. *consil.* 35. *num.* 112. Klock, *c. l. n.* 151. Quod et in specie de privilegiis ob benemerita concessis asserit Fr. Nig. Cyriac. *l.* 1. *contr.* 57. *n.* 68. ex hac ratione, quod transeant in vim contractus, et contineant causam onerosam, adeoque perpetuo durent. Conf. Gars. Mastrill. *dec. lus.* 96. *n. f.* Prochmann. *vol.* 1. *cons.* 39. *n.* 51. Gabriel. *vol.* 2. *cons.* 151. *n.* 11. Verum de hac assertione merito dubito. Utut enim talis privilegii concessio causam onerosam contineat, et magis rationem contractus habeat: certum tamen est, etiam illa, quae ex contracta et titulo oneroso alteri quaesita sunt, non utendo amitti posse. Dn. Praeses *de benemerit. c.* 3. *n.* 58. Imo si regalia, quae per investituram concedi solent, non usu amittuntur, uti experientia docet: quid mirum, quod etiam haec privilegia non usu amittantur? modo de caetero illa requisita adsint, quae ordinarie in amissione jurium per non usum supponuntur. De quibus agit ex professo dn. Praeses *de non usu jur. qu. cap.* 3.

§. 25. Denique quamvis alias regulariter privilegium motu proprio principis non concessum, sed ad petitionem et instantiam ejus qui privilegio mactatus est, vel alterius pro ipso intercessionem praesumatur, per *c. si motu proprio* 23. *de praebend. in* 6. aliud tamen est, si ob benemerita facta fuerit concessio; cum princeps praesumatur se voluisse ab obligatione naturali liberare. Brunn. *cons.* 1. *n.* 26. Tiraquell. *ad l.* 8. *c. de revoc. donat. n.* 52.

Effectus in eo consistit, ut privilegium proprio motu indultum plenius sit interpretandum, quam illud, quod ad instantiam supplicantis tribuitur, Enenkel. *de privil. l.* 2. *c.* 4. *n.* 22. Reddit enim motus proprius gratiam admodum favorabilem; Marta *de claus.* 73. *n.* 4. adeoque plenissime interpretanda est; Carpz. *lib.* 6. *resp.* 41. *n.* 11. *et* 13. Hinc quoque omnis suspicio sub et obreptionis cessat. Menoch. *de arb. jud. quaest. l.* 2. *cas.* 201. *n.* 80. Eamdem quoque interpretationem applicant ad privilegia alio titulo oneroso acquisita, quod amittant nomen privilegii stricte dicti, et transeant in beneficium, quod quam plenissime interpretandum. Menoch. 3. *praes.* 103. *n.* 14. Surdus *cons.* 140. *n.* 53. Sed cum plura, quatenus et quomodo privilegia interpretanda sint, addere per temporis rationem mihi festinanti non liceat, praeterea de hac materia dn. Praeses *disp. de interpret. privileg.* ex professo egerit, b. l. eo remitto. Pedem itaque hic merito figo et immortales immortali Numini devoto pectore gratias exsolvo. Tu vero, lector ingenue, ea quae desunt benevolentia tua suppleas, nec quicquam hic facias, quod tibi rursus fieri nolueris, de te nihil humani alienum reputando.

FINIS.

DISPUTATI UNDECIMA

DE INVESTITURA ABUSIVA,

PRO LICENTIA

D. NOVEMBR. MDCCIV.

JOH. FRIDERICUS GUNTHER, PIRNA MISNIC.

B. C. D.

Postquam jure romano immoti principii loco receptum, non pactis, sed traditionibus rerum dominia transferri, *l.* 20. *c. de pact.* haec tradendi necessitas non tantum in rebus allodialibus, et ubi de pleno rerum dominio transferendo negotium intercedit, sed etiam in feudalibus, quotiés dominium utile sub lege fidelitatis in alterum transferendum, invaluit. Interim vero, cum ad feudorum constitutionem non sine

solemnibus processerint Longobardi, aliique Europae populi, signa certa adhibere coeperunt, quibus se dominium feudisticum in vassallum transtulisse designarent, quae cum non semper actualem rei traditionem seu introductionem in ipsum feudum annexam haberent; abusivam hanc traditionem seu investituram appellarunt. Haec vero materia cum non indigna sit disquisitione academica, et utilitatem suam in foro feudali habeat maximam, eam pro themate inaugurali seligendam existimavi. Quo vero ejus indoles eo clarius pateat, ob affinitatem, quam cum traditione symbolica haec investitura abusiva habet, necessarium esse duxi, traditionis originem, et quomodo haec pariter symbolice seu abusive expediatur, ex suis principiis repetere. Faxit Deus id feliciter! sit itaque.

CAPUT I.

De traditionis indole.

SUMMARIA

An dominia sint ex jure naturae? §. 1.
Hobbesii status naturalis. §. 2.
Primum ejus falsum ostenditur. §. 3.
Proprietas Hobbesio ex pacto deducenda. §. 4.
Grotii sententia de statu primorum hominum. §. 5.
Sententia Pufendorffii. §. 6.
Ex statu aequalitatis primaevo fluit communio negativa. §. 7.
Dissentientium opinioni respondetur. §. 8.
In statu corrupto durare non potuit communio negativa. §. 9.
Discessum est ad proprietatem suadente statu hominum per pacta et divisionem. §. 10.
Jus occupationis. §. 11.
Accessionis. §. 12.
Traditio est ex jure naturali hypothetico seu adventitio. §. 13.
Requisita, justa voluntas contrahentium. §. 14.
Corporalis rei translatio ex jure civili est. §. 15.
Ratio legis positivae, ut dominia rerum certa sint. Definitio. §. 16.
Removetur opinio contraria. §. 17.
Deducitur doctrina ex jure romano. §. 18.
Pufendorffii distinctio inter dominium cum possessione conjunctum et ab ea separatum. §. 19.
Perpenditur. §. 20.
Cur traditio Jctis romanis dicatur modus acquirendi juris gentium? §. 21.
Distinctio inter inventionem et determinationem huc applicari nequit. §. 22.
Declaratio ex statu civitatis Romanorum. §. 23.

§. 1. Modus per traditionem transferendi dominium cui juri adscribendus sit, ex hoc dependet: an dominia ex jure naturae sint vel non? Cum traditio dominium praesupponat; cui inquirendae opus est ad initia generis humani et statum hominis primaevum recurrere, qui a variis varius supponitur.

§. 2. Hobbesius belluinum magis, quam humanum nobis depingit, dum ex eo, quod omnes homines non solum ingenio habitoque corporis, sed etiam nocendi potestate pares sint, infert, nulla omnino eos juris imperiique, quod ex sola potentia irresistibili ultimo deducit, communione connecti, sed jus a natura esse cuivis in omnia, ex hac vero potentia nocendi cum prava hominum inclinatione et nocendi-libidine conjuncta provenire, ut homo hominem naturaliter metuat, et cum non affectus solum naturalis, sed et ratio suum cuique salutem quam maxime commendet, non posse non oriri cupidinem praeveniendi potius alios, quam ipsorum sese praeventionibus praebendi; atque inde resultare statum infiniti cujusdam belli omnium in omnes, obligationem nullam esse nisi ex pacto, et si quis alicui noceat, quicum nihil pactus sit, damnum ipsi inferre, non injuriam. Unde ultima omnis juris inter homines origo ex pactis, et servare fidem sola ipsi justitia est. *vid. tr. de cive c.* 3. §. 4. *et* 6. *c.* 9. §. 3. *Leviath. c.* 15. *et passim.*

§. 3. Sed in eo quidem latet primum Hobbesii falsum, quod inter pares omnem juris communionem negat. *Hostis est*, inquit, *de cive cap.* 9. §. 3. *quisque cuique, cui nec paret nec imperat.* Addi debuerat: *et quicum communem dominum non habet.* ut optime monuit Pufend. *de j. n. lib.* 2. *c.* 2. §. 5. At vero dominus ille communis Deus est, a cujus voluntate jus omne tamquam a suo fonte derivatur. Neque enim a sola potentia irresistibili, metum externum saltem inculere apta, juris origo deducenda erat, sed potissimum a Dei sapientia et bonitate seu amore ipsius, qui lumini naturae non minus quam summa illa potentia ubivis obvius homines convincit, rationis esse, ut creator generis humani amantissimus non metuatur solum, sed et potissimum omni reciproci amoris et fiduciae affectu excipiatur. Inde conscientiae instinctus ex amore et timore resultans, obligatio in omnibus obtemperandi voluntati divinae, quae cum apertissime exinde pateat, quod Deus, ens liberrimum, hominem socialem creaverit, necessario infertur officium hominis erga hominem, ut quisque alterum tamquam aeque hominem mutuo amore prosequatur. Atque ita uti inter fratres conjunctio sanguinis a communi parente, ita inter omnes homines mutuum obligationis vinculum a Deo, imperante communi. Sic quis incolam Hispaniae et Peruvianum eadem civitatis lege sibi mutuo obstrictum neget? nisi forte ipse Hobbesius, cum *de cive cap.* 3. §. 4. asserit, *in civitate, si quis alicui noceat, quicum nihil pactus est, damnum ei infert, cui malum; injuriam soli illi, qui totius civitatis potestatem habet.* Verum haec opinio non solum implicare videtur, quod obligationem negat, ubi jus, correlatum, admittit, sed et altera nititur, quod ex solo pacto obligatio oriatur, quae tamen, fundamento, quod jam notavimus, subruto, sponte sua corruit. Deinde nec metus ab aliis me impellit statim,

ut ad violentiam aliorum a me avertendam ipsis prior vim faciam, sed pravos aliis insultandi affectus potius cohibet, mitiora et aequiora commendat, suadet patientiam, aptius, securiusque fere semper paci conservandae medium. vid. excell. Thomasius *in introd. ad doctr. moral. c. 5. n. 57. seqq.*

§. 4. Ex adductis vero facile patet, Hobbesium in statu suo naturali proprietatem non admittere, sed nec communionem statuit, quamvis jus omnibus in omnia indulgeat, cum alios in usu rerum pro libidine turbandi concedat quibusvis potestatem, omni obligationis vinculo sublato. Unde consequens est, ipsi distinctionem bonorum ex pacto utique esse deducendam.

§. 5. Grotius in magna hominum primorum simplicitate, quam non solum ex historia creationis, sed et ex ethnicorum testimoniis demonstratum it, omnem proprietatem exulasse dicit, omnia communia et indivisa omnibus, ac veluti unum cunctis fuisse patrimonium, neque illum statum durare non potuisse, si aut in magna quadam simplicitate perstitissent homines, aut vixissent inter se in mutua quadam eximia caritate, exemplo quorumdam Americae populorum, Essenorum et christianorum primorum probat, verum postquam animum ad artes varias applicuerint, succedente cupidine voluptatis, et generosiori vitio, ambitione, pecora, terras, in gentes primum, deinde in familias coepisse dividi, atque ita a communione sensim discessum, non animi actu solo, sed pacto quodam, aut expresso, ut per divisionem, aut tacito, ut per occupationem. *de i. b. et p. lib. 5. c. 2. §. 1. 2.*

§. 6. Notatus est Grotius circa ea, quae de simplicitate primorum hominum statuit, a theologis; istis vero sequestratis opinio Grotii de communione primaeva recte se habet, et a Pufendorfio *de i. et g. lib. 4. cap. 4.* optime est declarata. Nisi quod obscuriora videntur, quae §. 10. disserit; accepisse hominem ex concessione Numinis quidem jus in res, sed interminatum, generale, indifferens, neque restrictum ad proprietatem aut communionem. Sane jus, de quo quaeritur, consideratur in relatione ad alios homines, illud igitur tale sit oportet, ut ab usu ejusdem rei aut excludat alios, aut admittat, et contradictionem involvit jus, quod nec proprium nobis nec commune sit cum aliis. Nec est, quod a pacto hominum illud dependisse dicas, cum et ante pactum jus in res homini competierit, quod quale sit, in quaestione est. Si tamen, ut ex antecedentibus colligitur, ea est sententia Pufendorfii, initio omnium rerum negativam fuisse communionem, a pacto hominum vero dependisse, quatenus eam continuare, et num ad proprietatem an communionem positivam discedere mallent, nihil est, quod in ea doctrina desideres. Et ostendit naturalis ratio, nullam oriri potuisse nisi ex conventione proprietatem.

§. 7. Etenim cum omnes homines aequales creare voluerit Divinum Numen, neque de modo utendi rebus positiva lege quippiam praescripserit, sequitur, quod natura jus in res aequaliter competat omnibus, lege socialitatis. Quod ipsum quid aliud est, quam communio, obligatione cuique injecta, ut alterum re, quam ad praesentem usum apprehendit, quiete frui patiatur. Neque enim sentimus cum Hobbesio, qui, dum jus omnibus in omnia prima specie tribuit, jus omne e toto terrarum orbe eliminat, omnibus jure resistendi concesso. Quodsi quis dubitet, qua ratione obligatio aliorum in usu rei non turbandi cum communione consistere queat, videat ea, quae de communione absoluta et temperata disserit excell. Thomasius *jprud. div. lib 2. c. 9. §. 77. seqq.* quem brevitatis studio allegamus.

§. 8. Non ignoro quidem, multos Jctos egregios, et inter hos Zieglerum *ad Grot. loc. all.* contrariae opinioni addictos esse, motos verbo divino ad protoplastos: subjicite vobis terram, et dominamini super bestias. Ad quam tamen objectionem reponitur, primo, historiam creationis lumini naturae plane incognitam esse, non posse autem jus naturae, utpote ex asserto Pauli gentibus non ignoratum, superstrui principiis per omnia ignotis. Deinde verba allegata facultatem hominis in relatione ad bestias notant, nequaquam in respectu ad alios homines. Nam et tum solus erat Adamus, et creatae Evae idem jus in res aequaliter competiisse etiam dissentientibus puto in confesso esse. Et amor mutuus, qui in statu eo perfectissimo longe ante alios quoscumque affectus erat, (si modo ullum sensum aliorum affectuum postmodo habituri erant homines in integritate persistentes,) proprietatem omnem excludebat penitus. Infimus amicitiae gradus placendi studio terminatur, medius beneficentia, summus amor communionem rerum et actionum omnium infert. Exc. Thomas. *Introd. ad doctr. mor. c. 6. per tot.* Inde est, quod Jctis Romanis matrimonium perfectior et naturae convenientior, quam caeterae, societas dicitur divini et humani juris communicatio, quae quidem, quod obiter dictum sit, definitio accuratior est generali illa peripateticorum descriptione, quae solam sobolis procreationem pro fine primario venditat.

§. 9. Durare utique communionem potuisse Grotius contendit, si perstitissent et vixissent inter se homines in mutua quadam eximia caritate. Verum hoc ipsum est damnum illud irreparabile, quod per lapsum nobis contigit; coelestis spiritus, amor Dei, et qui ex hoc resultaret et ad eum componeretur, amor sociorum in cordibus nostris extinctus atque suffocatus, adeo, ut vix scintilla nobis supersit. Quo in statu si quis communionem negativam dari posse diceret, id mihi dicere videretur, perfectionem semel amissam ab omnibus omnino hominibus recuperari posse. Exempla positivae communionis in quibusdam Americae populis talia sunt, quae roborem christianis injiciant. Qui quidem dum barbarorum convicio notati contemptim habentur, nobis ipsis virtute sua barbaros mores exprobrant. Scilicet hoc illud est generosius vitium in nobis, ambitio, cui barbaries est, quicquid secundum naturam et a luxu atque tyrannide longius abest.

§. 10. Itaque praevalentibus pravis affectibus, libidine, ambitione, avaritia, non poterat salva pace generis humani conservari negativa communio, sed eadem aequalitatis ratio, quae communionem intulerat, suadebat, ut agris limites ponerentur, et suas sibi res quisque seorsim habere inciperet, quod inter tanta hominum vitia nec in labore nec in consumptione fructuum aequalitas posset ulterius observari. Neque tamen ipso jure introducta proprietas est; sed ut liti-

bus vitandis a communione discederent primi homines, pacto opus erat, ut quod cuique per divisionem assignatum esset, id proprium haberet, neque ullam in usu ejus molestiam vel turbationem ab alio pateretur. Ita dominia rerum suadente statu hominum divisione introducta, et cum antea quisque, ut alterum rebus in medio positis aequaliter uti sineret, obstrictus esset, mutata jam rerum facie cuique incumbit, ut alterum re sua prout velit, quiete frui patiatur. vid. Struv. *synt. feud. cap.* 1. Huber. *prael. ad ff. tit. de a. r. d. n.* 4. *seq.*

§. 11. Prima igitur dominiorum origo a divisione, cui jus occupationis successit. Semel enim introducta proprietate non poterat non potior videri illius conditio, qui rem possessore vacuam apprehensione sibi addixisset primus, cum per naturam impossibile esset, magis magisque in diversa discendentibus hominibus, rationem inire, qua terrae noviter cognitae vel mobilia aequaliter inter omnes dividerentur. Atque hinc juri naturali consentaneum est, occupantis fieri, quod antea nullius erat.

§. 12. Porro cum pleraeque res vel intrinseca virtute augeantur, vel extrinsecus incrementa capiant, ipsa natura dominii dictitat, ad possessorem rei augmentum jure pertinere, quod res frustra possiderentur, si fructus spectarent ad alios, et pax humani generis, cujus intuitu proprietas introducta, nequicquam promoveretur, si dari jure accessiones praetendere alii possent cum eo, qui corporis dominus eluit. Pufend. *de j. n. et g. lib.* 4. *c.* 7. §. 1. 2. Hinc sunt duo modi acquirendi naturales originarii, occupatio et accessio.

§. 13. Sed et in eo consistit potissimus proprietatis usus, ut alienare possim, i. e. rem meam in alterum transferre. Cum enim dominium plenissimam mihi facultatem det pro arbitrio de re disponendi, haud dubie illud translationem dominii comprehendit, quae quidem eo minus inde potest abesse, quo frequentius accidit, ut ego re aliqua abundem, qua alter egeat, et vicissim ille alia re facile carere possit, quae mihi ingentem usum sit praebitura. *l.* 1. *ff. de contr. empt.* Unde ex introductione dominii aliud jus nascitur, alienandi, et modus acquirendi, qui derivativus dicitur, traditio. vid. Grot. *de j. b. et p. lib.* 2. *c.* 6. Pufend. *de j. n. et g. lib.* 4. *c.* 9. Ex quibus colligitur, dominia rerum, et exinde deductam traditionem ex jure naturali esse, non absoluto tamen, sive connato, quod immediate ex voluntate divina citra omnem consensum humanum ortum habet; sed hypothetico, adventitium quibusdam dicitur, quod facta et conventiones hominum praesupponit. Vid. Pufend. *de j. n. et g. lib.* 3. *c.* 4. §. 1. *et* 3.

§. 14. Requiritur autem ad dominium transferendum voluntas utriusque, et talis quidem, quae non in interno mentis actu subsistat, sed per verba vel alia signa convenientia sese exserat, in dante obligatio, seu voluntas dandi, in accipiente acceptatio. Quae si utrimque recte se habeant secundum ea, quae ad conventionem in eumdem naturali jure requiruntur, effectus juris ex ipsa dominii natura sequitur, translatio proprietatis, cum nihil tam naturale sit, quam ut voluntas dominorum, volentium rem suam in alium transferre, effectum habeat. Proinde, si solum jus naturale respicias., *traditio est declaratio voluntatis nostrae de dominio rei nostrae in alterum transferendo.*

§. 15. Num et corporalis rei translatio requiritur et praestatio vacuae possessionis, quae in definitione omissa est? *Ut traditio* (corporalis) *etiam requiratur*, inquit Grotius *d. c.* 6. §. 1. *ex lege est civili.* Neque ratio patet, cur ab eo secedas, si naturalis legis simplicitatem spectes. Nam haud dubie praeceptum de servandis pactis necessario infert, standum esse conventioni de mutando rei dominio, eique effectum juris tribuendum. Naturale jus voluntatem solam quacumque ratione declaratam respicit, omnium externorum rituum prorsus ignarum, neque novit ullam differentiam juris in rem, quod dicitur, et in personam, quippe quae cum potissimum in finem inventa est a legislatore civili, ut fori competentia, genus actionis, formulae modusque procedendi pronunciandique et sententiam executioni dandi secundum eam distinctionem certis regulis includerentur, quae omnia talia sunt, quae divina lege nullam determinationem capiunt, sed arbitrio civilis imperii relicta sunt, eo sub generali praecepto, ut in ordinandis istis imperans salutem publicam pro suprema lege habeat.

§. 16. Quod autem jus romanum novum actum translationi dominii corporalem rei praestationem super imposuit, ad effectum juris in statu civili consequendum, non tam ideo factum esse videtur, ut perseveratio in priore consensu clarius liqueat, Huber. *in prael. ad inst. de r. d. n.* 37. nam cum jure civili alienans obligetur ante traditionem ex promisso, ut possessionem rei transferat, licet postea de contraria ipsius voluntate constet; in quem finem consensus, iteratus illius, qui dissentire jam nequit, requirendus sit, ego quidem non perspicio; quam ea potius intentione, ut litibus obviam eatur, quae facile oriri poterant, si duobus aut pluribus eadem res vendita esset, qui in ea sibi vindicanda concurrerent, quibus praecidendis Romani convenientissimum putarunt, eum in usu rei praeferri, qui in possessionem ejus absque vitio venerit prior, ideoque sanciverunt, ut non conventione nuda traditio perficeretur, sed conventio personalem tantum obligationem inferret, dominium autem demum acquireretur per translationem rei corporalem, et quasi de manu in manum dationem. Unde aucta essentia definitio quoque augetur, et jure civili *traditio est translatio rei corporalis, facta ab eo, qui jus habet et animum alienandi.*

§. 17. Diversum quidem interpretes juris sentiunt communiter, ea potissimum, uti Pufendorfio videtur, ratione moti, quod dominia a naturali possessione coeperint, adeoque etiam in illis transferendis requiratur talis actus; per quem statim naturalis possessio rei possit apprehendi: de *j. n. et g. lib.* 4. *c.* 9. §. 5: Quae ratio, licet prima specie satis subtilis sit, vix tamen quicquam habet in recessu, si propius eam consideres. Nam et nullam illationem esse ab initiis dominiorum ad essentiale requisitum constituendi dominii, vel instantia a prima rerum divisione ostendit; et rectius multo dicuntur a divisione coepisse dominia, quam a possessione, quae circa pactum jus communionis nequaquam alterabat. Antiquioris juris civilis commentatores accurata juris naturalis cogni-

tione fere destituti, distinctos sibi de differentia illius a jure civili conceptus formare vix poterant. Ostenderunt vero diversitatem ratione traditionis alii ex nostratibus, quos inter sufficiat allegasse Huberum. *prael. ad inst. de r. d. n.* 36.

§. 18. Sane ipsi Jcti romani translationem rei corporalem pro requisito juris naturalis haud videntur venditare, sed solum voluntatem pro sufficienti agnoscere. Ita enim Gajus *l.* 9. §. 3. *ff. de a. r. d.* Nihil tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi. Quibus verbis aperte satis ex sola voluntate dominium deduxit. Deinde multas fictae traditionis species invenerant, quae effectum traditionis habere non poterant, si ipse naturali jure corporalis rei translatio de essentia esset alienationis. Ut taceam, in actibus inter vivos tantum possessionis translationem requiri legibus romanis, quibus ipso jure haereditas et legatorum dominium transfertur. Sed et illud meretur perpendi, jure civili venditione perfecta periculum rei venditae statim ad emptorem pertinere, quae non exceptio est a regula, quod res pereat suo domino, sed illatio potius, si solum jus naturale spectes, cum simplicissimae juris n. rationi conveniens sit, eum pro domino haberi, in quem per contractum venditionis res fuerit translata. Huber. *prael. ad ff. tit. de peric. et comm. rei vend.* et dn. Thom. *schol. ad h. t.* et cum periculum ferre effectus dominii sit, quod per conventionem naturali jure suam habet perfectionem, consequens erat, ut translatio periculi conventionem sequeretur.

§. 19. Pufendorfio videtur ea res liquido posse expediri, si observetur, dominium posse considerari, vel prout notat qualitatem mere moralem, secundam quam res ad aliquem pertinere ipsiusque dispositioni subjecta esse debere intelligitur: vel prout etiam adjunctum habet aliquid facultatis physicae, ut, quae circa eamdem nobis placuerint, statim in effectum possimus deducere; vel quod eodem recidat, dominium quandoque considerari, prout praescindat a possessione, aliquando velut cum eadem conjunctum intelligi; illud quidem per sola pacta transire posse, verum in hoc praeter pacta etiam traditionem requiri, neque id ex jure positivo, sed ex ipsa naturali ratione fluere, *lib. 4. c.* 9. §. 6.

§. 20. Equidem in jure civili usum habet distinctio inter translationem dominii et possessionis, quem infra videbimus, et in se spectata possessio naturalis absque actu corporali transire non potest; non puto tamen, eam esse mentem Pufendorfii, ut dominio cum possessione naturali conjuncto plus juris in statu naturali tribuat. Omnis in jure nostro de possessione doctrina ad juris civilis tractationem pertinet, statum civilem unice respicit, neque alium in finem possessio a dominio distincta et in suas species divisa est, quam ut secundum eas modus procedendi in judicio certis includeretur regulis, actionesque et interdicta ex praescripto legis positivae rite formarentur, quae omnia a statu naturali sunt alienissima, et a jure naturali in totum ignorantur. Pone emptorem in hoc statu constitutum, cui cum venditore de dominio rei transferendo convenit, possessione nondum translata. Huic quidem jus competit violenter alterum aggrediendi eumque de possessione dejiciendi, cum superior adiri ab iis, qui in orbe non habent, nequeat. Quae potestas in quo a dominio cum possessione conjuncto diversa sit, non perspicio, nisi dicas, huic apprehendendi possessionem, possessori autem retinendi esse facultatem, quae tamen differentia nullam in jure ipso diversitatem inferret. Ipse Pufendorfius: *ea est*, inquit, *l. 4. c. 4. §. 2. vis dominii, ut de rebus, quae tamquam propriae ad nos pertinent, pro arbitrio nostro disponere, at ab earumdem usu quosvis alios arcere possimus.*

§. 21. Hic vero illa nascitur nobis controversia, unde Jcti romani, quos in partes nostras trahere modo conati sumus, traditionem pro modo acquirendi juris gentium venditent? et illam quidem, quae cum translatione rei corporali conjuncta est, ne quis distinctione jam exposita rem expediri posse putet. Istud enim et Gaji verbis *l.* 9. §. 3. *et 4. ff. de a. r. d. vendiderit et tradiderit*, et omni traditione doctrina Jctorum romanorum colligitur.

§. 22. Facilis videtur explicatio ex doctrina communiter recepta, qua ratione inventionis juris naturalis, ratione determinationis vero juris civilis talia esse traduntur. Verum licet in se non rejicienda sit ea explicatio, hic tamen usum praebere non potest, quod menti Jctorum non conveniat. Et vulgo applicantur ad ostendendam inter traditionem modosque acquirendi supra memoratos, contractus, praescriptiones, atque inter tutelas, testamenta, usucapiones differentiam, quorum illi juris gentium, hi juris civilis esse dicuntur; minus quidem commode, quandoquidem ea distinctio nullam hic differentiam nobis ostendit. Nam utrosque modos invenit jus gentium, jus civile determinat, ut si hac facie consideres, optime potius inter se convenire videantur. Unde et Grotius *de j. b. et p. lib.* 2. *cap.* 8. §. 1. 2. notavit, multa ad jus gentium relata esse a Romanis improprie, quae vel ad ipsum jus naturae; vel ad leges multarum nationum civiles pertineant. Qua tamen responsione dubium, cur e. g. testamenta a modis acquirendi juris gentium separentur, nequaquam tollitur. Neque verosimile est, temere hanc differentiam a Jctis tanto judicio praeditis positam esse.

§. 23. Itaque aliunde quaerenda differentia est, quae ex statu ex quo aptissime leges explicantur, Romanorum et *l.* 17. §. 1. *ff. de poen.* desumitur. *Item quidam ἀπόλιδες sunt, hoc est sine civitate; ut sunt in opus publicum perpetuo dati, et in insulam deportati: ut ea quidem, quae juris civilis sunt, non habeant, quae vero juris gentium sunt, habeant.* Nempe Romani tum ex persuasione illius aetatis, qua exteri quasi pro hostibus habebantur, Grotius *de jur. bell. et pac. lib.* 2. *cap.* 6. §. *ultim.* tum studio augendae civitatis multa, quae jure naturali aequaliter quibusvis competit, civibus suis praecipua arrogabant, denegabant exteris. Talia erant jura connubii, testamenti, patriae potestatis, tutelae, testimonii, successionis, Huber. *prael. ad ff. tit. de stat. hom. num.* 6. *et ibi* dn. Thomas. Tantum non jura commerciorum tollebant, et cum humanae necessitates mutuas conventiones de transferendis rerum dominiis exigerent, isti libertatem restringebant distinctione inter res mancipi, quales erant praedia in Italico solo et jura praediorum, item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, et nec mancipi. Mancipatio propria erat transla-

tionis dominii, quod quiritarium dicebatur, species, quae certis solemnitatibus fiebat, et locum habebat nonnisi inter cives romanos et latinos colonarios latinosque Junianos eosque peregrinos, quibus commercium datum erat. Rerum nec mancipi dominium bonitarium acquirebatur traditione, si justa causa praecederet. *vid. fragm. Ulp. tit. de domin. et acquisit. rer.* Et hoc intuito traditio juris gentium dicebatur, quod et exteris et peregrinis hactenus commercia libera essent, et res nec mancipi justa ex causa traditae acquirerentur. Postquam vero mutato statu Romanorum publico Antoninus Pius omnibus ingenuis in orbe romano jus civitatis. Theodosius jus liberorum, Justinianus jus aureorum annulorum et natalium concesserat, distinctio in res mancipi et nec mancipi exolevit. vid. *l. un. c. de nud. jur. quir. toll. et l. un. c. de usucap. transform.* Huber. *prael. ad inst. de r. d. num.* 14.

CAPUT II.

De traditione impropria.

SUMMARIA

De speciebus traditionis impropriae. §. 1.
Dissensus Ulpiani in l. 15. *ff. de rebus cred. et Africani in* 34. *ff. mand.* §. 2.
Aliud exemplum traditionis impropriae. De constituto possessorio. §. 3.
De traditione symbolica. An in ea praesentia rei requiratur? §. 4.
An signatio trabium sit symbolica traditio? §. 5.
Dissensus Jctorum circa signationem dolii. §. 6.
An traditio symbolica sit ficta? §. 7.
De scotatione. §. 8.
Cur sit irrevocabilis? §. 9.
De traditione annuli. §. 10.
Aliae species symbolicae traditionis, moribus gentium receptae. §. 11.
Festucatio. §. 12.
Moribus Germanorum et praecipue Saxonum traditio rerum immobilium fit judicialiter per resignationem dominii et investituram. §. 13.
Quid observandum, si dominus alius directus sit, alius jurisdictionis? §. 14.

§. 1. Est igitur traditio jure civili introducta translatio rei corporalis. Sed hoc quia nonnunquam incommodum, et cum distinctio juris romani in jus in re et ad rem, res incorporales quoque, quae tradi haud poterant, respiceret, non solum eadem jura romana cessionem in jure, per quam dominium quiritarium rerum tam mancipi quam nec mancipi transferebatur, absque corporali traditione, introduxerunt, de qua Ulpian. *in fragm. d. t.* §. 9. 10. sed et usus rerum hominumque species quasdam traditionis analogicas invexit, unde divisio traditionis in propriam et impropriam, propria, naturalis illa, quam descripsimus, rei corporalis translatio qualem natura cujusque rei admittit; si facile moveatur, translatione de manu in manum; si difficulter, exhibitione praesenti. Immobilis rei traditio inductione in quamlibet partem perficitur. *l.* 3. §. 1. *ff. de acq. vel am. posses* Impropria, quae et ficta dicitur, est vel rerum incorporalium, ut servitutum, in quibus patientia usus pro traditione est. *l. ult. ff. de servit. l.* 1. §. *ult. ff. de s. p. r.* hypothecarum, ubi lex traditionem praesumit, vid. illustris Born. *disp. de jure in re c.* 8. vel corporalium, quae vel longae vel brevis manus. Illa, si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret, vacuamque se possessionem tradere dicat, *l.* 18. §. 2. *ff. de acqu. poss.* hujus species sunt, cum possessio ante existens apud eum, qui faciendus est dominus, ex nova causa in ipsum translata fingitur, §. 43. *j. de r. d. l.* 9. §. 5. *ff. de a. r. d. l.* 62. *pr. ff. de evict.*

§. 2. Ita si jussero te pecuniam accipere a debitore meo, quae credita fiat, transit dominium, *l.* 15. *ff. de rebus cred. l.* 3. §. *pen. et ult. ff. de donat. inter vir. et ux.* Unde infert Ulpianus *d. l.* 15. quod in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum esse, ut cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta. Negat illationem Africanus *in l.* 34. *ff. mandat.* quod ficliones cumulari nequeant, nec in his, quae ob usum commercii specialiter recepta sunt, admittatur consequentia, sed legis determinatio requiratur. Agnoscit obstantiam legum Huberus *prael. ad ff. tit. de a. r. d. n.* 15. qui alias paucissimas sibi leges obstare contendit. Quodsi benignam juris rationem cum stricta contuleris, cessabit pugna.

§. 3. Aliud exemplum traditionis brevis manus est *in l.* 28. *c. de donat. ibique* B. Brunnem. vid. de hac materia Bachov. ad Treutl. *vol.* 2. *disp.* 21. *th.* 2. *lit. a. p.* 279. Pont. *de spol. lib.* 2. *c.* 14. *n.* 103. *seqq.* Mascard. *de prov. vol.* 3. *concl.* 1188. Pertinet huc pactum quod obligationibus et hypothecis saepe adjicitur, constitutum possessorium, cum is, qui suo nomine possidebat, incipit possidere nomine alieno, *l.* 18. *ff. de rei vind.* de cujus natura et requisitis vid. Pont. *de spol. lib.* 2. *c.* 14. *n.* 109. *seqq.* Boccat. *de interd. uti possid. c.* 14. *n.* 6. Mascard. *de probat. vol.* 3. *concl.* 422. Cyriac. *controv. lib.* 2. *controv.* 258. *n.* 28. Gutier. *pract. quaest. lib.* 3. *qu.* 87. *n.* 8. Postius *de mand. manut. observ.* 20. *dec.* 104. *n.* 1. *et passim.* Mevius *part.* 3. *decis.* 159. 160. 352. *et* 353. Hahn ad Wesemb. *tit. de acq. poss. in fin.* Besoldus *thesaur. pract. verb. constitutum.* Gratian. *discept. forens. c.* 365. *n.* 17. 18.

§. 4. Ad impropriam traditionem et symbolica refertur, ubi non res ipsa traditur, sed actus aliquis repraesentans traditionem celebratur. Sic traditis clavibus horrei vel cellae mercs, emptionum instrumentis traditis mancipia donata pro traditis habentur. *l.* 1. §. *pen. ff. de acqu. poss. l.* 1. *c. de donat. l.* 74. *ff. de contr. empt.* Ubi quaestio est, an praesentia mancipiorum ad instrumentorum traditionem requiratur? Nam horreorum praesentiam, saltem ut oculis cerni possint, necessariam esse allegata lex 74. statuit. Negat Jctus consummatissimus b. Brunnemannus *comm. in cod. ad h. l.* 1. *c. de donat. ex l.* 44. §. *de leg.*

1. *l.* 2. *c. quae res pign. oblig. l.* 59. *ff. de leg.* 3. ubi legatis chirographis debita legata, instrumento emptionis pignori dato domus empta oppignorata esse, legatis vel venditis instrumentis, actiones venisse intelligantur, et si praesentia requireretur, instrumentis opus haud esset, cum et sine instrumentis nuda declaratione mancipia possint transferri, *l.* 18. §. 2. *ff. de acqu. poss.* Rebuff. *ad const. regn. gall. tom.* 3. *tract. de mater. possess. praef. n.* 89. Alex. Tartagn. *ad l.* 1. *pr. ff. de acquir. possess.* Zasiad. *l. possideri* 3. *pr n.* 12. *ff. de acqu. poss.* Hillig. in Donell. *lib.* 5. *c.* 9. *fin.* verum cum semper aliquid naturalitatis requirat translatio possessionis, et *l.* 74. *ff. de contr. empt.* expresse velit, ut apud horrea fiat clavium traditio, affirmativa aliis potior esse videtur. Forte haud incommoda distinctio est inter translationem dominii et possessionis. Possessio enim non nisi actu corporali acquiri potest, et ita videtur explicanda. *l.* 74. *ff. de contr. empt.* vid. dn. Praeses *disp. de possess. instrument. c.* 3. *n.* 9. *seqq.* Ast et sine possessione dominia rerum transferri posse patet exemplo cessionis in jure, haereditatis, legatorum. Et ita explicata *l.* 1. *c. de donat. legi* 74. *ff. de contrah. empt.* haud obstat.

§. 5. Annumerant quidem symbolicae traditioni significationem trabium, moti forte verbis Jcti in *l.* 14. *fin. ff. de peric. et comm. rei vend. Trabes videri traditas*, sit Paulus, *quas emptor signasset.* Verum eam significationem verbum: *videtur*, a Jctis pro modestia illorum temporum et ex usu platonicae et academicae sectae, cui magnam partem addicti erant, saepius positum *forte* non innuit. Potius propriae traditioni annumerarem hanc speciem, quod non aliud, sed res ipsa traditur, quia difficulter movetur, exhibitione praesenti et actu significationis. *arg. l.* 1. §. *pen. ff. de acq. poss.*

§. 6. Sed quid respondemus ad *l.* 1. §. 2. *ff. eod. si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait, traditum id videri: labeo contra: quod et verum est: magis enim, ne summutetur, signari solere, quam ut tradere tum videatur?* signari in alium finem dolia posse excipiunt, qui antinomias omnino negant. Verum annon et trabes in eumdem finem signari possent? Distinguunt alii, an ante, an post venditionem signatio fiat; at vero diversi casus supponi non videntur a Jctis dissentientibus. Mihi quidem in aperto esse dissensus, convenientior vero prior sententia videtur, quod in contractu dominii translativo id, quod actum est, dominii transferendi causa actum praesumatur, vid. Carpz. *p.* 2. *const.* 37. *def.* 16. Add. quoque de hac materia Paul. Christin. *vol.* 2. *dec.* 3. Menoch. *consil.* 122. *n.* 30. Franzk. *ad ff. tit. de per. et comm. rei vend. l.* 1. §. 2. *p.* 579.

§. 7. Retulimus traditionem symbolicam ad species fictae traditionis, quas tamen Huberus *prael. ad inst. tit. de r. d. n.* 41. discernit, ea ratione adducta, quod in ficta traditione nihil geratur, in symbolica utique celebrentur aliqui, licet analogi et symbolici actus, sane nihil geri et aliquid analogum geri differre toto genere. Nos fictum esse putamus non tantum ubi nihil, sed et ubi aliud geritur; quamvis facile concesserimus, distinctionem istam ad faciliores conceptus formandos facere, non alterare doctrinam, nec diversos inducere effectus, ut nihil obstet, quominus ea adhibeatur.

§. 8. Atque hae sunt fere species traditionis jure civili determinatae. Romani pontifices, simulac jus legum ferendarum in causis ecclesiasticis ereptum principibus sibi arrogarunt, et religionis specie negotiis quibuslibet se immiscuerunt, liberaliter prospexerunt clericis suo imperio subjectis, dum modos acquirendi plurimos invenerunt, aut inventos auctoritate sua firmarunt. Neque solum imperio in conscientias in eum finem callide utebantur, ut salutem animae redimi posse largitionibus effusis atque immodicis vulgo persuaderent, sed et, (ut est romanus cultus plurimis fucatus ritibus scenicis, populo, qui externis capitur, venerationem imprimere aptis), circa modum traditionis ceremonias invenerant, quibus augeretur simplicibus religionis opinio, et liberalitas ambitione provocaretur, simul adimeretur seculari judici circa ejusmodi largitiones arbitrium atque auctoritas. Quo spectat Scotatio, ut Schilter *comm. ad jus feud. alem. dissert. de bon. laudem.* §. 9. *p. m.* 622. deducit, a vocabulo: *Schatz, Schatzung, Schoss, schütten, schüssen*, denominata Carol. du Fresne *glossar. ad voc. Scotatio*, Gonzalez *comm. ad decretal. h. cap.* Dn. Praeses *de jure sens. dissert.* 7. *c.* 2. §. 5. *et disp. de poss. instrument. c.* 1. §. 36. Huber. *prael. ad inst. tit. de r. d. n.* 42. Danis, ut videtur, primum usitata in actibus inter vivos et a clero in ecclesiam inducta, ceremoniis superadditis, quae haberent religionis speciem. Et cum rariores essent largitiones inter vivos, et faciliores simus ad transferendum, quod ulterius retinere non possumus, ad ultimarum voluntatum solemnitatem est adhibita. Nam testamentorum in eo regno nullus tum erat usus. De hac scotatione textus est in *c. ex literis* 2. *x. de consuetud. Si vero aliquis possessiones aliquas claustris vel aliis religiosis locis in bona valetudine vel ultima voluntate pro suorum vult remedio peccatorum conferre; hanc conferendi formam esse proponis, quod in hujusmodi donationibus modicum terrae consuevit in manu accipere vel in extremitate pallii, quod manu praelati sustinetur, aut super altare ponendum, sub testimonio videntium et audientium, sub dicta forma, quae* Scotatio *vulgariter appellatur.*

§. 9. Ex re cleri pontificii fuit in alias regiones jam transferre. Nam et apud Francos in usu fuit sub alio nomine. *Scotare* enim ipsis *laisowerpire, in laisum werpire*, dictum, hoc est: in sinum tradere, *l. salica tit.* 48. quod *laisum* Danis pallium extensum significat, du Fresne *glossar. voc. Werpire.* In hac scotatione singulare est, quod licet et in ultimis voluntatibus hic modus adhiberi solitus esset, tamen in eo saltem differre videatur ab actu inter vivos, quod ususfructus penes donatorem esset ad dies vitae, et possessio morte demum transferretur, mutare vero animum et revocare donationem licitum haud esset. Nam poenitentiae locum non relinqui, patet ex verbis *all. cap. seqq. Faciatis irrevocabiliter observari, cum hujusmodi signum, quod scotatio dicitur, non tam factae donationis, quam traditae possessionis sit evidens argumentum.* Et quod per hanc consecrationis speciem Deo oblatum erat, desinebat esse in bonis privatorum. Itaque votum, quod irrevocabile est, *l.* 2. *ff. de pollicit.* potius fecisse quam mortis causa donasse donator videbatur. Plura videri possunt apud Oswald. Hilliger. ad Donell. *lib.* 5. *comm. c.* 9. *lit.*

d. Cujac. *lib.* 9. *observ. c.* 18. Anton. Gomez. *in l.* 45. *Tauri.* Wisenbach. *disp.* 10. *n.* 36.

§. 10. Erat et alia species symbolicae traditionis jure canonico recepta, in beneficiis ecclesiasticis, traditio annuli, per quem beneficium acquisitum censebatur, licet clausae essent, nec aperirentur fores ecclesiae, et claves essent penes custodem, de qua vid. Card. Tusc. *in verb. possessio concl.* 407. *n.* 12. Mascard. *de probat. concl.* 1191. *v.* 19. Dn. Praeses *de jure sens. dissert.* 7. *c.* 2. *n.* 12.

§. 11. Moribus gentium et aliae quam plures symbolicae traditiones sunt inventae. Laus inventionis utplurimum clero debetur ex ratione supra memorata. Talis erat traditio per guantonem, ut refert anonymus *lib. de mirac. s. Benedicti c.* 4. *Acceptis ipsius praeceptis cum guantis ipsius auro ornatis, per quos donationes memoratarum rerum sacris imponerent altaribus.* Robertus comes et abbas s. Martini *anno* 7. *regni Hodonis.* Per ramum, ut Matildis comitissa romanae ecclesiae tempore Gregorii VII. silvam donavit, Baron. *tom.* 2. *anno* 1102. per viridem scirpum, Zerda *in advers. cap.* 99. *n.* 18. ostium et annaticulam, le maistre *lib.* 2. *de bon. eccles. c.* 7. (quae tamen propria potius traditio est), per gramen aut cespitem, *Chronic. windocinensi lib.* 1. *c.* 18. Ite in codice donationum monasterii absiensis legitur matrona donationem confirmasse per traditionem flocci capillorum, et nobilis quidam per traditionem calcei. In ecclesia s. Hilarii pictaviensis refertur donatio per traditionem cinguli, et qui se suaque tradere volebat, coronam in capite ferebat, in signum ipsius oblationis. Le maistre *c.* 1. *de success. ab intest. in* 3. *collect. Cum archypresbyter de Alerio se et sua ad participationem orationum monasterio de Bruseria obtulisset, de manu cujusdem fratris ejusdem coenobii augmentationem coronae in signum oblationis accepit.* Plures traditionis symbolicae modos enumerat du Fresne *in glossar. voc. investitura.*

§. 12. Inprimis frequens erat traditio per fustem, baculum seu festucam, Romanis jam usitata si vera est formula, quam Brissonius *lib.* 6. *de form. et verb. pop. rom. solemn. p.* 501. de aedium venditione et traditione exhibet: *tu Pascuti fuste illum investito, tu Signiti fustem manu capito.* Apud Gallos, Belgas, Germanos in usu fuit, et est nostris temporibus alicubi, festucatio, effestucatio ab Hubero *prael. ad inst. tit. de r. d. n.* 42. nominatur, qui describit eam, quod sit traditio solemniter in judicio facta, cum venditor festucam sive baculum manu tenens eumque adjiciens cedere se possessione alteri declarat. Quod Franci *Werpir* appellarunt. Goris *advers. tract.* 3. *part.* 1. *n.* 13. *seqq.* Sande *comment. de test. c.* 2. *n.* 8. *seqq.* Hinc est, quod adhuc hodie possessionis apprehensio executio et immissio judicialis, per quam jus reale creditor consequitur, per resecationem frustuli ligni, glebae, rami fieri soleat. Vid. de hac festucatione dn. Praeses *dissert. de possess. instrum. c.* 2. *n.* 8. *seqq.* Notandum hic, in immobilium rerum traditione eam tantum adhiberi, et in judicio.

§. 13. Scilicet eadem ratio, quae moverat Romanos, ut corporalem rei translationem aut actum judicialem ad transmutationem dominii requirerent, consuetudinem apud multas gentes introduxit, ut non nisi judicialiter certisque ritibus tranferri possent immobilium rerum dominia, quo certiora essent, fraudibusque circa alienationes obviam iretur, et pleniorem securitatem haberent conventiones contrahentium. Fuit et alia ratio, status Germanorum antiquus ad artes belli directus, unde feuda majora et minora introducta, canones, censusque allodialibus praediis impositi, et in fundis per omnia liberis dominium eminens, quod principi competit vel reipublicae. Inde orta est universalis fere per Germaniam, certe per vicariatum Saxoniae lex, ut effectu suo destitueretur immobilium rerum traditio, nisi alienans judicialiter resignaret dominium, acquirens per superiorem investiretur. Id quod certis solemnitatibus, ut: per manum, pileum, baculum seu festucam fieri suevit: Schilter *jus feud. alem. dissert. de invest. princ. simult. p. m.* 510.

§. 14. Est igitur hic modus traditionis symbolicus, cessioni in jure, qua dominium civile seu quiritarium apud Romanos transferebatur, aliqua parte similis, in feudis praecipue usitatus, de quo sequenti capite nobis erit agendum. De investitura in genere, a quo, cui, qua ratione sit, prolixiores hic non erimus, cum satis ad institutum nostrum sit, haec attigisse. Tantum visum est addere, si diversus sit dominus directus et jurisdictionis, ab hoc confirmationem, ab illo investituram, sicut ab utroque consensum in constitutione hypothecae requirendum esse. Vid. *ord. proc. elect. sax. tit.* 46. Ita in venditione sub hasta adjudicatio atque investitura actus separati sunt, licet saepius ab eodem atque conjunctim expediantur, Philippi *de subhast. cap.* 4. *comm.* 3. *n.* 14.

CAPUT III.

De indole investiturae abusivae.

SUMMARIA

An investitura abusiva sit traditio? Dissensus Jctorum §. 1.

Inprimis Struvius contendit, traditionem haud esse §. 2.

Demonstratur, quod sit traditio, ex idiomate vocabulorum in utraque lingua §. 3.

Ex caeremoniis et signis, §. 4.

Ex textibus juris feudalis longobardici §. 5.

Alemannici et saxonici §. 6.

Contra dissentientes notanda distinctio inter translationem dominii et possessionis §. 7.

Respondetur rationibus Struvii a receptione doctrinae et observantia fori desumptis §. 8.

Quatenus jus feudale ex jure civili interpretationem capiat? §. 9.

Non obstat jus civile juri alemannico et saxonico.

Schilteri annotatio. §. 11.

Respondetur ad ll. a Struvio objectas §. 12.

Struvii hypothesis de praesentia rei tradendae per symbolum §. 13.

Removetur §. 14.

An investitura ad confirmationem saltem adhibeatur? §. 15.

Distinctio investiturae et definitio investiturae abusivae §. 16.

§. 1. Quae me moverit ratio, ut prolixius, quam ad institutum meum videri posset, de traditione in genere tractaverim capite priori, principio indicatum est. Etenim dum de definitione investiturae ejusque divisione in propriam, quae fit per inductionem, et abusivam, quae fit per actum symbolicum, sollicitus sum, dissentientes deprehendo praecipuos Jctos, quorum quidam investiturae propriae tantum jus reale tribuunt, alii et per abusivam jus in rem transferri contendunt. Inter illos sunt Matth. de Afflict. 2. *feud.* 7. §. 1. *n.* 2. Rosenthal. *de feud. cap.* 6. *concl.* 6. *n.* 7. Andr. de Isernia 1. *feud.* 26. §. *si facta*. Arum. *disp. feud.* 5. *th.* 9. Mynsing. *cent.* 4. *obs.* 61. Gail. *lib.* 2. *obs.* 152. Bitsch. *in comm. jur. feud.* 2. *feud.* 2. Alvorot. 1. *c.* 1. *in fin. n.* 2. *de nov. form. fidel.* Hartm. Pistor. 2. *illustr. qu.* 27. *n.* 42. *et qu.* 29. *n.* 16. Gail. *lib.* 2. *observ.* 151. *n.* 14. Merckelbach. *consil. Klocken. tom.* 2. *cons.* 14. *n.* 2. 3. 4. Goedaeus *in consil. Marpurg. vol.* 4. *cons.* 37. *n.* 1184. *seq.* Schrader *tr. feud. p.* 5. *c.* 1. *n.* 15. *seqq.* Goth. Anton. *j. feud. disp.* 4. *th.* 9. Bernh. Schultz. *disp. de tradit. ficta* §. 11. Iterus *de feud. imper. c.* 9. §. 48. Struv. *synt. jur feud. c.* 8. Ad hos referuntur Duar. *de feud. c.* 7. *n.* 6. Reusner. *meth. jur. feud. disp.* 5. *th.* 25. 26. Finckelth. *disp. feud.* 7. *th.* 3. Carpz. *disp. feud.* 6. *th.* 4. Ludwel. *synops. jur. feud. c.* 8. Schilter *comment. ad jus alem. feud. c.* 4. §. 1. *seqq.* Illustris Bornius *disp. de expectat.* §. 19. dn. Praeses *exam. jur. feud. c.* 12. *q.* 3.

§. 2. Est ex prioribus praecipue Struvius vir insignis doctrinae, et singulari judicio praeditus, et ut anteriorum plerorumque, qui de materia feudali scripserunt, scientiam scripta ejus facile antecellunt: ita in foro magnam obtinent auctoritatem, atque in dicasteriis saxonicis saepius aliorum opinionibus praeferuntur, eoque major ab eo dissentiendi religio mihi esse deberet. Verum veritatem ante omnia habere, nullius auctoritatem sequi debent, qui verum non simulatam philosophiam affectant, et est haec libertas academica, ut possis dicere quae sentias, modo cum ratione sentias. Illustr. Born. *disp. de jure in re.* Uti igitur existimationi insignis hujus Jcti nihil omnino detractum iri arbitror, si, quem in caeteris admiror, ab hoc in una aliqua quaestione discedam, et cum illis sentiam, quorum verior convenientiorque doctrinae juris sententia mihi videtur: ita venia mihi dabitur, si ex principiis juris communis et feudalis contra Struvium disputare aggrediar, qui aliorum rationes in unum succincte collegit, ut his remotis omnia, quae anteriores praecipua habent, remota simul esse videantur.

§. 3. Ut igitur pro traditione habeam, non pro contractu vel confirmatione, jus ad rem tantum producente, investituram abusivam, primum ea me movent, quae de traditione symbolica praecedente capite adducta sunt. Neque aliam hujus doctrinae ratio admittit illationem. Innuit hoc ipsum nomen investiturae, ab *investire*, (cum quo verbum *immantare*, quibusdam scriptoribus usitatum, convenit, Frisingens. *de gest. Frider.* 1. *lib.* 2. *cap.* 52. *et passim*) deductum, quod apud Plinium *lib.* 35. *cap.* 7. habetur, et scriptoribus mediae latinitatis idem, quod tradere, est, ut: *Manum vestire*, rem tradere per symbolum in manum, Brisson. *lib. deform. p.* 801. *capitular. carol. lib.* 4. *c.* 34. *si quis proprium nostrum, quod in vestitura genitoris nostri fuit, alicui quaerenti sine nostrâ jussione reddiderit. Charta alamann. vetus* 42. *Centurio* a Goldasto *t.* 2. *rer. alam. collectae*: *dono vobis et servum meum, nomine Isidemus, et uxorem ejus Bruna, et cum oba sua, et cum omnia, quo vestiti sunt, et alium servum meum nomine Wolfharium, cum uxore sua Arant, cum oba sua, et cum omnia, quo vestitus est.* Specialim *manum vestire* dicebant in manum tradere rem, reive symbolum, cespitem, festucam vel quid aliud. *Ejusdem centuriae charta* 58. *Post meum vero discessum ipsas res ad monasterium S. Galloni ad melioratas revertant absque ulla contradictione vel minuatione, manu vestita partibus meis vel haeredum meorum, cum Dei gratia et nostram possessionem possideant. Lex Bawariorum a Dagoberto Francorum rege anno* 630. *firmata tit.* 17. *c.* 3. *Antecessores mei tenuerunt, et mihi in alodem reliquerunt, et vestita est illius manus, cui traditi.* Ita *devestire* et *revestire* dictum, pro: de possessione dejicere, et in eam restituere, ut legitur in ll. Wisigoth. *lib.* 12. *t.* 1. *l.* 3. *et t.* 3. *l.* 27. Schilter *comm. ad jus feud. alem. dissert. de investit. princ. imp. simult.* §. 1. Conveniunt Germanica vocabula, *Lehn, Belehnung, Leihen, Belehnen, Lehn empfangen, Lehn aufflassen.* Quae omnia dominium utile innuunt per investituram in vassallum translatum aut resignatum. Sane ipse Obertus 2. *feud.* 2. *investitura*, inquit, *proprie dicitur possessio.* vid. Cont. *tr. de feud. c. quib. mod. feud. acquir.* Cujac. *hic et* 8. *observ.* 14. Oldendorp. *class.* 5. *t. de action. benefic.* §. *huic interpr.* Khenanus *in not. ad Livium lib.* 4. *cap.* 25.

§. 4. Et quid fidelitatis juramentum, quid omnes illae ceremoniae, nisi amplius quid inferant, quam contractus ante perfecti confirmationem, omni novo effectu omnino vacuam? Certe cum in tam seriis tot et tam graves viri ludere aut nihil agere velle haud praesumantur, consequens est, ut aliam, quam qui ex nudo promillo ortus jam erat, effectum agnoscamus. Adest voluntas contrahentium, quam recte utrinque se habere supponimus, sola jure naturali, sufficiens ad dominii translationem. Adsunt signa, rem ejusque qualitatem exprimentia, ut: in beneficiis ecclesiasticis baculus et annulus, bannum, in feudis regiis hasta, gladius, in regalibus vexilla, et in his insignia rei in feudum datae depingi solita, an non evidens est, id agi, ut per traditionem signi solemnem ipsa res signata tradi intelligatur? Sicut ex 2. *feud.* 2. *pr.* colligitur, verb. *se investituram facere dicente* Schilter *d. comment. p.* 60.

§. 5. Deinde sunt clari textus juris feudalis, qui abusivam investituram jus in rem ipsam producere satis evincunt. Ita enim 2. *feud.* 8. *Rei autem per beneficium recte investitae vassallus hanc habet potestatem, ut tamquam dominus possit a quolibet possidente sibi quasi vindicare, et si ab alio ejus nomine conveniatur, defensionem opponere.* Abusivam hic intelligi investituram, inde infertur, quod res supponitur ab alio possessa, et ex ista produci jus in re, et

actionem realem contra possidentem, disertis verbis asseritur. 2. *feud.* 26. datur. actio realis contra dominum ex investitura abusiva ad feudi traditionem. *Si facta de feudo investitura poeniteat dominus, antequam possessionem transferat: an praestando interesse vasallo liberetur, quaesitum fuit. Responsum est, praetermissa illa condemnatione dominum possessionem feudi, de quo investituram fecit, tradere compellendum.* Testantur de hoc effectu verba 2. *feud.* 88. *Quicumque igitur beneficium per investituram acquisierit sine possessionis traditione.* Vides moribus Longobardorum per investituram abusivam sine corporali possessionis translatione jus feudi transiisse. Et an non 2. *feud.* 33. aperte statuitur, tam per abusivam, quam propriam investituram feudum acquiri? *Sciendum est*, inquit compilator, *feudum acquiri investitura, ut cece si dominus alicui coram paribus curiae dixerit: vade in possessionem illius feudi, et teneas illud pro feudo. Licet enim non intercessisset investitura.* (propria,) *tamen tale est, ac si intercessisset.*

§. 6. Conveniunt mores Alemannorum Saxonumque legibus longobardicis. Textum juris feud. alemannici *c.* 35. citat Schilter: *ist das ein Mann dem andern Güt ufgit vor seine Herrn zu hant so er das Güt empfehet, so het er auch die Gewer an dem Güte die der erste Man darane hette.* Et juris saxonici *c.* 39. §. *ult. Ob ein Mann dem andern sein Gut aufflaest, vor seinem Herrn zu hant, hat dieser die Gewehre an dem Gute, die des ersten Mannes war, der es do uffliese.*

§. 7. Contra dissentientes in genere notandum est, quod monuit illustris Bornius *disp. de expectat. c.* 8. *n.* 19. *Confundunt illi translationem possessionis cum translatione utilis dominii; verum quidem est, abusivam investituram, sive pure, sive in eventum certum factam, nunquam transferre possessionem, sed ad hanc nanciscendam actum alium apprehensionis exigi; sed propterea tamen per eam nihilominus transit jus feudi.* Posse autem transferri dominium absque corporali possessionis translatione ostendunt ea, quae supra de requisitis traditionis ejusque distinctione in veram et fictam, de cessione in jure, de investitura in rebus allodialibus attigimus. Hoc monito observato facilis ad singula, quae Struvius opponit, responsio est.

§. 8. Ac istud quidem, quod suam opinionem communem atque receptam, nec infringenda esse praetendit, quae rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritate nitantur, vix meretur refutationem. Ut enim nihil magis a regia veritatis via inquirentes avertit, quam auctoritatis praejudicium: ita cuilibet curandum est, ut suis quam alienis oculis ipsam rem inspicere malit. Ut taceam, adversus eum sentire non paucos, eosque insignes Jctos, quos inter celeberrimum Schilterum, illustrem Bornium, et quem hic *disp. de trasmutat. feud. in allod.* §. 3. citat, Rhetium nominasse sufficiat. Observantiam fori quod attinet, meliori me jure ad eam provocare posse arbitror. In curia imperiali qualis investiturae abusivae effectus sit, ipse Struvius opinionis suae immemor *c.* 3. *aphor.* 7. confitetur, verbis: *Adhibet imperator ad investituram feudorum regalium secularium vexilla, in quibus regionum, de quibus fit investitura, insignia solent esse depicta. His ab imperatore traditis ipsae provinciae vel ditiones traditae censentur.* De consuetudine, hac in imperio romano germanico introducta testatur Carpz. *resp. l.* 5. *resp.* 40. *n.* 13. *seqq.* Et in electoratu Saxoniae expressa legis dispositio est *decis. noviss.* ut non nisi per investituram judicialem, quae semper abusiva est, dominia rerum tam feudalium quam allodialium transferantur. Accedit, quod investitura simultanea, quae non alia quam abusiva esse solet, jus in feudo tribuat. vid. *rescr. elect. sax. Torgau. de anno* 1583. *tit. Welcher Gestalt die Agnaten etc.* §. *und dieses alles etc.*

§. 9. Pergit Struvius: non esse jure feudali specialiter dispositum, ut absque traditione dominium utile sive jus feudi transferatur: proinde observandam esse juris civilis regulam, quod sine traditione, vel eo, quod loco verae traditionis est, jus in re in alterum non transferatur; investituram autem abusivam traditionem esse, aut loco verae traditionis haberi, in jure feudali legi nullibi. Ad ista regero, primo; ut corporalis rei translatio requiratur, ex jure positivo romano esse, non a jure naturae et gentium; itaque docendam a Struvio juris romani in hac materia feudali receptionem, neque illationem procedere: jus feudale diversum verbis expressis non disponit; ergo standum juri civili, quasi antiquorum Germaniae populorum status a statu Romanorum non fuerit diversissimus. Multa antiquitus circa feuda moribus recepta sunt, quae libris feudorum non continentur. Haud dubie autem consuetudines feudales in hac materia praeferendae sunt, si jus civile diversum quid inferre videatur. 2. *feud.* 1. *verb. legum romanarum non est vilis auctoritas, sed non adeo viam suam extendunt, ut usum vincant aut mores.* Rosenth. *c.* 1. *concl.* 13. Anton. *disp.* 1. *th.* 1. *lit. m.* Neque ea, quae non ex jure naturali, sed Romanorum positivo proveniunt, ad jus feudale possunt illico applicari.

§. 10. Deinde jus Romanorum multas fictae traditionis species nobis exhibet, et lege civili introducta cessio in jure, de qua Ulp. *fragm. tit.* 19. §. 9. *seq.* magnam cum investitura abusiva convenientiam habere deprehenditur. Neque solum explicatae ll. longobardicae, sed et jus alemannicum saxonicumque §. 6. *h. cap.* allegatum disertis verbis exprimunt, ut per investituram abusivam jus feudi in investitum transferatur. Quin ex ipsis Struvii verbis: *vel eo, quod loco verae traditionis est*, sententia ejus refellitur. Nec istud dubium iis esse potest, qui vel solam germanicae linguae indolem et terminos hic obvenientes contemplantur. Ut mirum videri possit, quo fundamento Struvius diversum senserit, ni praeter morem praecedentium vestigia legisset, quorum antesignani itali tam cultiore juris divini et historiae scientia, quam notitia juris germanici destituti omnia ad juris civilis disciplinam referre tentabant, nec praeter Longobardorum consuetudines ex jure feudali quicquam facile noverant.

§. 11. *Certe rem satis apricam esse omnibus arbitror*, inquit dn. Schilter. *comm. ad jus feud. alamann. c.* 4. §. 5. *p.* 63. *qui terminos juris feudalis intimius intelligunt, idque non ex interpretum Italorum, solo jure justinianeo imbutorum, et omnia ad istam decempedam exigentium, opinionibus et traditionibus, quorum alter alterum eadem infelicitate sequi solet, verum*

ex nativo idiomate linguae teutonicae et ex historia juris nostri: quibus mediis cum destituerentur, qui primum aggressi sunt jus feudale interpretari, et verbis juris nostri alienas ex alieno jure significationes affinxerunt, et rebus decidendis peregrina principia quaesiverunt. Quod nescio utrum infelicitati seculorum istorum adscribendum, an socordiae vel malitiae interpretum Italorum, jus nostrum, cujus imperiti erant, supprimere satagentium.

§. 12. Urget contrarium Struvius ex 2. *feud.* 2. *pr.* 2. *feud.* 7. §. 1. 2. *feud.* 26. §. *si facta.* ubi investituram a traditione, quae eam debeat insequi, manifeste distingui asserit. Sed ad haec jam responsum est verbis Bornii §. 7. ubi inter translationem dominii utilis et possessionis distinguit. Neque alia mens est allegati *tit.* 2. *feud. pr.* quam, investituram propriam esse, cum possessio corporaliter, abusivam, cum per traditionem symbolicam jus feudi transfertur. Caeteri textus eodem modo discutiuntur, et nostram potius, quam contrariam firmant hypothesin. Excipit quidem Struvius, distinctionem nulla lege firmari, sed ut tacesam, quod ipsa naturalis interpretatio eam suggerat, leges tam longobardicae quam alemannicae et saxonicae supra allegatae sunt, in quibus repetendis non est ut nos detineamus.

§. 13. Instat, porrectionem hastae et similium, quae in ritu investiturae adhibentur, non posse ad fictos tradendi modos referri, sed solum solemnitatis causa intervenire. In quem vero finem solemnitas? Rationem si desideras; si investitura abusiva, inquit, fictum tradendi modum contineret, non solum jus feudi, sed etiam possessio per eam in alterum transferretur. Verum hoc est quod jam praeoccuppavimus verbis saepe laudati Bornii. Probare conatur ex *l.* 1. §. 21. *ff. de acqu. possess.* At vero quaestiones feudales ex jure romano, inprimis quatenus mere positivum est, et praeter jus naturae quid determinat, haud recte capiunt decisionem. Deinde, non obstat lex allegata, quo minus per traditionem fictam absque possessione corporali et cessionem in jure jus reale acquiratur, et testamento transfertur haereditas ante possessionis apprehensionem. Imo ipsa haec signa ostendere, pergit Struvius, iis non significari veram traditionem, cum illorum longe alia sit ratio atque conditio, quam istorum, quae in legibus ex jure civili allatis habentur; his signis ad rem spectantibus rem ipsam signatam praesentem concedi et occupari; illis vero symbolis, utpote ad rem non pertinentibus, imaginarie rem absentem solemnitatis causa repraesentari, sicut alias in actionibus solemnibus aliis varii ritus soleant adhiberi.

§. 14. Nos vero nullam videmus illationem: signum tale signis jure romano adhiberi solitis haud per omnia convenit: ergo rem ipsam non denotat; nec per traditionem ejus jus in rem ipsam transfertur. Nititur haec opinio falso toties remoto eorum, qui cum ultra jus romanum non sapereut, omnia ad istius principia referenda ducebant. An non signa beneficiis ecclesiasticis et secularibus, regalibus et non regalibus diversa, et singularia fere cuivis feudo regali insignia usitata atque imposita ipsum feudum denotant ejusque qualitatem? Esto, istud discriminis esse, quod in traditione symbolica civili res praesens aut in conspectu esse debeat, cujus tamen contrarium a Jctis eximiis, et rectius forte, statuitur: quid vero vetat, quo minus diversum quid ab hoc jure, certe haud universali, moribus aliarum gentium potuerit introduci?

§. 15. Denique necessaria quidem esse investituram abusivam, excipit, sed ad confirmationem tantum contractus super feudo initi. Mirum vero, Struvium adeo se torquere in sustinenda thesi non sua, sed aliorum, quos sequitur, cum simultanee investitis, qui nunquam induci in fundum solent, jus in re concedere non dubitet. *synt. j. feud. c.* 9. *aphor.* 14. Quae necessitas actus solemnis, qui frustra sit, et ex quo nullus effectus sequitur praeter eum, qui ante actum aderat? Notari hic meretur aliorum doctrina, qui contractum praeparatoriis, investituram cum ipso v. g. emptionis contractu, inductionem cum traditione comparant, obliti, dum nimium juri civili intenti sunt, se ipsos personalem obligationem ex concessa feudi expectativa deducere, cum ex pactis praeparatoriis ne hodie quidem actio detur.

§. 16. His discussis nil dubii restat, quo minus abusivam investituram pro traditione symbolica habeamus. Est igitur traditio feudi duplex, alia realis, quae investitura propria dicitur, inductio in feudum *die Gewaer*, immissio in fundum et rem feudalem, vel symbolica, quae abusiva, *die Belehnung.* An commode abusiva dicatur, disquirit Dn. ab Eyben *in elect. jur. feud. c.* 5. §. 8. *seq.* Definitur vero a dn. Schiltero, *in comment. ad jus feud. alam. distert. de investit. princ. imp. simult. cap.* 1. §. 2. quod sit *collatio vel cessio dominii utilis in feudo solemnis et symbolica a domino directo facta vasallo fidelitatem promittenti.* Circa quam definitionem quae notanda sint, superest ut capite ultimo dispiciamus.

CAPUT IV.

De investiturae abusivae requisitis et effectu.

SUMMARIA.

De personis, quae investituram faciunt. §. 1.
De potestate imperatoris circa investituras. §. 2.
De investitura quae fit per vicarium et procuratorem. §. 3.
De personis quae possunt investiri. §. 4.
Substitutus quatenus admittatur? §. 5.
Quando procurator sit necessarius. §. 6.
De investitura, quae fit pluribus. §. 7.
Simultaneae investiturae origo. §. 8.
Differentiae juris saxonici circa investituram simultaneam. §. 9.
De renovatione investiturae. §. 10.
Privilegium superioris Lusatiae. §. 11.
Pro vassallo universitatis mortuo an renovatio petenda? §. 12.
Expectativa per investituram munita an tribuat jus feudi? §. 13.
De quibus rebus fiat investitura? §. 14.

De feudis ecclesiasticis. §. 15.
De feudis secularibus. §. 16.
De forma investiturae, et primo de titulo. §. 17.
De testibus. §. 18.
De signis. §. 19.
De clypeis et eorum diversitate. §. 20.
De solemnitatibus in investituri Mauritii elect. saxon. adhibitis. §. 21.
Singularia quoad vexilla. §. 22.
De fidelitate. §. 23.
De consensu possessoris in simultanea investitura adhibendo. §. 24.
Tempus. §. 25.
Effectus investiturae. §. 26.
Contraria. De neglecta renovatione. §. 27.
De delicto provassalli. §. 28.

§. 1. Investire possunt in genere, quibus competit alienandi et feuda constituendi potestas. Etiam foeminae, 2. *feud.* 3 Si quidem in Saxonia curatorem adhibeant, nisi sint illustres, Hering. *de fide juss c.* 7. *n.* 517. Carpz. *p.* 2. *const.* 15. *def.* 9. Schulz. *Synops. feud. c.* 4. *n.* 25. Minores de veteri beneficio, quod proprium ipsis est, 2. *feud.* 3. *et hic* Bitsch. *comment. in jus feud.* Clerici, dum tamen circa res infeudari non solitas episcopus consensum capituli adhibeat. Ita et abbates et abbatissae investiunt. 1. *feud.* 1. *pr.* vid. Rittershus. *part. feud. p.* 1. *c.* 5. *qu.* 12. Ludw. *synops. p.* 104. Struv. *synt. jur. feud. c.* 5. *aphor.* 9. *n.* 2. Excipiuntur monachi, qui nil proprii habere censentur. *nov.* 5. *c.* 5. *auth. ingressi c. de sstis eccl. auth. nunc autem c. de episc. et cler. c.* 2. *c.* 6. *X. de statu monach.* plebeij, Schilter, *comment. ad jus feud. alem. p.* 58. filiusfamilias de castrensi peculio et adventitio extraordinario *l.* 2. *ff. ad sctum maced. nov.* 117. *c.* 1 Ludwel *syn. jur. feud. p.* 97. Struv. *c.* 5. *n.* 2. 3. Dn. Praeses *exam. jur. feud. c.* 5. *qu.* 28. Interdum plures investiunt, si dominium directum penes plures sit. Liberum est domino et per procuratorem investire. 2. *feud.* 3.

§. 2. In imperio romano germanico imperator de feudo novo et aperto non investit, nisi cum consensu electorum, *capitul. leopold. art.* 8. *verb. So sollen auch die Lehmbrieffe und expectantien über des heiligen Reichs angehorige Lehn, welche bey einer andern als unserer Reichs Cantzley und ohne Vorwissen der Herren Churfürsten ins künfftige, ertheilet und ausgefertiget werden mochten, gantz ungültig seyn.* Electoratus tamen vacantes in feudum vicissim dari, nec, sicut alia feuda regalia aperta, cum imperio consolidari debere provisum est, ne numerus electorum minuatur. *aur. bull. tit.* 7. Itterus *de feud. imp. c.* 10. §. 1. 2. An vero in persona novi electoris eligenda consensus electorum adhibendus sit, illustris Bornius definire subsistit, *disp. de expectat. c.* 4. §. 3. Attamen cum nulla res magni momenti, quae statum imperii concernit, inconsultis electoribus peragi debeat, recte infertur, et in hoc negotio consensum eorum haud negligendum esse. *capit. leopold.* §. 10. *verb. Wie sonst in allen andern des Reichs Sickerheit concernirenden Sachen.* Monzamb. *de stat. imper. germ. c.* 4. §. 4. Fuse hanc quaestionem tractare deprehendimus Itterum *de feud. imp. cap.* 7. §. 15. *seqq.*

§. 3. Imperatore vel absente vel impedito rex Romanorum jura ista exercet. *aur bull. tit.* 1. Itter. *de feud. imp. c.* 4. *imp.* §. 8. 9. Sede imperii vacante investiunt vicarii, Palatinus et saxo in suo quisque palatinatu, feudis principum, et quae per vexillum conferuntur, dumtaxat exceptis. *aur. bull. tit.* 5. Itter. *de cap.* §. 10. Volunt quidam, per auream bullam imperatorem prohiberi, ne de feudis majoribus per vexillum conferri solitis per procuratorem investituram faciat; quod tamen ex verbis, quae ibi habentur, vix evincitur. Istis enim saltem indicatur, feuda majora per vexillum conferri solita imperatori soli reservata esse, nec sede vacante eorum investituram a vicariis peti debere. Haec vero sanctio obstare non videtur, quo minus imperator per procuratorem expressa voluntate constitutum investituram expedire queat, vid. omnino Itterus *de feud. imper. cap.* 9. §. 12. In Lusatia nomine principis investit supremus provinciae praefectus, aut qui pro eo administrat.

§. 4. Investiuntur, qui feuda acquirere non impediuntur nec prohibentur, et ad fidelitatem promittendam per aetatem habiles sunt. Ignobiles jure longobardico admittuntur, 2. *feud.* 3. Jure saxonico antiquo de feudo nobili investiri haud poterant, ut expresse continetur in *spec. jur. sax. Lehnrecht c.* 2. nisi specialiter hoc concederetur per modum privilegii, quale Carolus IV. dedit oppidis Thuringiae et Misniae, dn. Schilter *comm. ad jus feud. alem. ad rubr.* §. 19. *p. m.* 17. Verum non solum antiquitus haec prohibitio ad successoriam acquisitionem fuit restricta, dominoque libera relicta potestas de feudo novo plebejum investiendi; Schilter. *dict. comment. ad c.* 1. §. 4. *p.* 44. Alteserr. *de orig. feud. c.* 10. sed et in universum contraria postea consuetudo ita invaluit, ut sanctionibus provincialibus alicubi opus esse videretur ad eam restringendam, id quod in Silesiae ducatibus factum testatur Schulz. *de feud. c.* 3. *n.* 86. In Saxonia plebejis feuda nobilia acquirere hoc tempore liberum est. Carpz. *p.* 3. *const. el. sax.* 28. *def.* 5. Clericus 2. *feud.* 2. feudi incapax censetur. Contrarium habetur in jure alemannico, Schilter. *in comment. ad c.* 3. §. 6. Jure saxonico communi, *Lehn-Recht cap.* 2. et electorali, *p.* 3. *const. elect. sax. aug.* 28. ubi monachi tantum, quamdiu in monasterio degunt, excipiuntur. Nec foeminae regulariter admittuntur secundum primaevam feudorum originem, successu tamen temporis foeminis feuda concessa. 1. *feud.* 8. 2 *feud.* 30. Bitsch. *comment. ad jus feud.* 2. *feud.* 30. Impuberum investitura differtur, donec puberes facti sint, quod jure saxonico fit annis 13. et 6. septimanis completis. *Lehnrecht cap.* 26. Minor admittitur ad juramentum fidelitatis, non cogitur, 2. *feud.* 26. Bitsch. *comm. ad jus feud. h. cap.* Mand. elect. sax. *de dato d.* 1. *jun. anno* 1657. *fol.* 24. *append. corp. jur. sax.* Terminatur autem minor aetas jure saxonico 21. annis, quod tamen non est extra Saxoniam, nec in Saxonia in universum receptum. vid. *dict. mand. el. sax. de anno* 1657. Etenim jure argentoratensi majorennitas ad 20. jure provinciali alemannico ad 18. annos protenditur. Unde esse videtur, quod electorum administratio libera ab hac aetate incipit. *aur. bull. tit.* 17. Limnaeus *jur. publ. lib.* 7. *c.* 7. *n.* 37. *seqq.* Ita in episcopatibus martisburgensi et naumburgensi ab eo tempore, scil. anno 18. curfere incipit annus et dies, intra quem investitura petenda est.

§ 5. An per substitutum peti possit investitura, quaestio est. Et licet de essentia investiturae haud sit, ut ipse investiendus comparest, 2. *feud.* 3. §. 1. *vers. sed utrum*; tamen in arbitrio concedentis positum hoc esse videtur, nec mandatarius libenter admittitur. Hartm. Pistor. *lib.* 2. *qu.* 47. *n. ult.* tum, quod jusjurandum species religionis est, quae praesentiam jurantis requirit, tum, quod vassallus ad fidelitatem et reverentiam est obstrictus, cui conveniens est, ut personali comparitione honorem obsequiumque domino eo potissimum tempore, quo promittit, exhibeat. Itterus *de feud. imp. c.* 9. §. 35. Hinc est, quod quamvis electores et principes imperii hodie per legatos fere semper investituram obtineant; tamen absentiam soleant excusare, eamque excusationem se hac vice accipere respondeat imperator, sicut videre est in doi. Praesidis *append. ad exam. jur. feud.* Singulare et insolitum est, quod ex privilegio Caroli V. archidux Austriae investituram extra ditiones suas petere non teneatur, sed illa ipsi inter easdem debeat offerri. Verba privilegii ita se habent: *Sie seyn auch nicht schuldig umb Empfahung ihrer Lehen ausserhalben des Landes Oesterreichs nachzureysen, sondern sollen sie ihnen in demselben Lande geliehen werden: Und ob ihn das versagt würde, sollen sie das dreymal schrifftlich erfordern etc.* Monzamb. *de stat. imp. German. c.* 2. §. 4. et Pacif. a Lap. *not. ad h.* §. Simile tamen ex constitutione Friderici III. imperatoris privilegium regi Bohemiae competit, quod investituram suscipere non teneatur, nisi in metis aut finibus regni sui aut finitimis locis decem vel quindecim milliaribus alemannicis a regno suo et dominiis suis distantibus, Goldast. *lib.* 3. *de regn. Bohem. c.* 14. Dn. Itterus *de feud. imp. c.* 9. §. 31. In curia electorali saxonica personalis vassalli comparitio requiritur, nisi ante jurejurando adstrictus sit, aut sonticas causas alleget, quo casu substitutus admittitur, et jusjurandum fit in animam vassalli, quod alias in hoc foro fieri nequit.

§. 6. Interdum vero non potest aliter quam per procuratorem fidelitas jurari. Nempe si civitati, collegio aut simili corpori feudum conceditur. Convenit enim tunc, non singulos cives seu collegas jurare; sed nomine universitatis seu totius corporis syndicum vel delegatos. Joh. Blanch. *epit. jur. feud.* 1. *c.* 7. Duaren. *de jure feud. c.* 13. aut si persona sit inhabilis, quae regulariter succedat atque servitia praestet. Ut si foemina investituram petat. Sicut fit et investitura rerum allodialium, si v. g. acquirens forte alibi sortiatur domicilium, quibus casibus provassallus, proemphyteuta, *ein Lehntraeger*, *Hofesesser* constituitur, qui nomine acquirentis investiatur. Quod ideo potissimum introductum, ut sit, qui de praestandis servitiis aut oneribus et solvendo censu cogitet atque moneat, nec opus habeat superior alterius magistratus subsidium saepius requirere. Schilter *comment. in jus feud. alem. c. de bon. laudem.* Besold. *thesaur. pract. contin. voc. Lehntraeger fol.* 365.

§. 7. Fit autem investitura nonnunquam pluribus, iisque conceditur vel dominium cum possessione plena, et quidem in solidum, de qua specie *jus feud. alem. c.* 65. *et* 68. et saxon. *c.* 32. *et* 35. quo Ganerbii pertinent, Besold. *thesaur. pract. voc. Ganerben* aut pro diviso, ubi uno defuncto ad alterum ejus beneficii portio non pertinet, nisi facta fuerit eo pacto investitura 2. *feud.* 12. vel absque plena seu corporali possessione, quae simultanea investitura est, seu collatio dominii utilis cum possessore consentiente communis, per quod investitus in feudo succedat.

§. 8. Quod per investituram simultaneam jus feudi acquiratur, iis ipsis, qui de investitura in genere dissentiunt, in confesso est. Struv. *synt. jur. feud. c.* 9. *aphor.* 14. Origo vero non a solo, ut fiat communiter, jure saxonico deducenda est; sed ex restricta admodum antiquioribus temporibus successione feudali, et feudorum transmissione. Primum enim feuda erant precaria: hinc annalia, deinde ad vitam vassalli durarere, temporis progressu successio in feudis coepit obtinere, initio restricta ad filios, post per Conradum Salicum imperatorem anno 1027. in expeditione romana transmissio feudi ad nepotes fuit permissa, ita tamen, ut quoad nepotes sive aviaticos relevium in equis et armis daretur 1. *feud.* 1. §. 1. 2. Herold. *in orig. atque antiqu. germ. p.* 34. Ut igitur ulteriores agnati, multo magis exteri, succederent, praeter relevium alio peculiari medio erat opus, scilicet conventione, qua futurae successioni destinatus a possessore simul cum eodem investiretur a domino, et ita condominium acquireret, cujus vi postea etiam possessionem et omnimodam fructuum et commodorum perceptionem adipiscetur. Id quod investitura simultanea est.

§. 9. Constitutio illa imperialis uti omnia tria regna, germanicum, italicum et gallo-belgicum obligabat: ita etiam in singulis viguit et observata fuit. Nam et praeter jus saxonicum feudale *c.* 21. *et* 31. Jus alemannicum *c.* 63. *et* 65. ostendit necessitatem investiturae. Quod in regno longobardico postea agnati jure sanguinis ad successionem admissi sint, ex anarchico statu regni italici et conniventia imperatorum Germanorum deducit Schilt. *comm. ad jus feud. alem. c.* 1. *de invest. simult. pr. p.* 518. *seq.* In regno Germaniae vero adhuc obtinuisse simultaneam investituram testimoniis et exemplis demonstrat, quod et Itterus agit *de feud. imp.* 10. §. 7. unde desuetudinem ab allegante probandam esse infert. Eam tamen differentiam admittit, quod jure saxonico renovationem petere semper necesse sit. vid. Itter. *d. tr. c.* 11. *per tot.*

§. 10. Nempe quoties mutatio contingit in persona domini vel vassalli, renovatio petenda est intra annum et diem, si simultanee investito jus suum conservare cordi est. *jus. feud. sax. c.* 21. *et* 32. Contingit autem non solum per mortem, sed et per felloniam, alienationem, divisionem. Hartm. Pistor. *lib.* 2. *qu.* 20. *n.* 33. Zanger *de except. p.* 3. *c.* 26. *n.* 253. *seqq.* Vultej. *lib.* 1. *feud. c.* 9. *n.* 106. Schrader. *de feud. part.* 7. *c.* 1. *n.* 38. Koepen *decis.* 44. *n.* 3. *et decis.* 47. *n.* 8. Schneidew. *de feud. p.* 6. *n.* 22. Ubi disquisitum nuper in supremo provocationum judicio dresdensi, num fratres, qui in alienatione portionum, quae competebant ipsis in feudo, expressis verbis simultaneam investituram sibi non reservaverant, quaesierant tamen intra annum et diem a confirmatione principis, haud dissentiente fratre emptore, atque obtinuerant, praeferendi sint remotioribus secundum gradus praerogativam simultanee investitis, qui non consenserant in alienationem? Ratio dubitandi ea erat, quod alienatione facta jus prius extinctum, et quod post acquisitum erat, pro novo jure habendum videre-

tur; extincto autem semel priori jure non posse non remotionem conditionem haberi potiorem, nec istis jus semel quaesitum auferendum esse. Verum cum Il. atque dd. expresse statuant, per renovationem jus vetus conservari, et renovationi annum et diem indulgeant, *p.* 2. *const. elect. aug.* 45 *et ibi* Carpz. Struv. *synt. jur. feud. c.* 10. *th.* 7. 8. Ludwel. *synops. jur. feud. c.* 11. *p. m.* 237. Schrader. *tr. feud. p.* 2. *p.* 9. *princ. sect.* 6. *n.* 23. *et p.* 2. *cap.* 5. *n.* 37. pro fratribus eorumque liberis pronunciatum est term. trinit. hujus anni in causa *Schönfelss* contra *Schönfelss*.

§. 11. Singulare jus superiori Lusatiae competit ex privilegio Maximiliani II. imperatoris ab electoribus Saxoniae confirmato, quo renovandi necessitas vassallo remissa, et jus succedendi usque ad septimum gradum jure sanguinis concessum, sed sine condominio et jure in alienationes consentiendi. Vid. *ordin. feud. Lusat. elect. sax. de anno* 1653. Schilter *comment. ad jus feud. aleman. dissert. de invest. simult. princip. imper. c.* 2. §. 7. Struv. *synt. jur. feud. c.* 10. *th.* 1. *num.* 5.

§. 12. Si provassallus, qui nomine collegii juravit, vita excedat, renovationem collegio petendam esse statuit Struv. *dict. synt. c.* 8. *th.* 6. *n.* 5. *et c.* 10. *th.* 3. *n.* 3. sed quod singulis, qui per provassallum investiti sunt, non incumbit, cur universitati imponendum sit, non assequor, et an generaliter sit receptum, dubito. Sane ratio, quia alias nunquam bonos domino exhiberetur, non stringit, quod mutatio ex parte domini fiat, eoque tempore honorem exhibitum esse sufficiat.

§. 13. Pluribus interdum investituram fieri memoravimus, quod et accidit, si cui expectativa in casum aperturae concedatur, ubi iterum disquisitio est, an jus feudi competat investito? Nam absque investitura obligationem tantum et actionem personalem competere non est dubium. Negativam tuetur Carpz. *p.* 2. *const.* 45. *def.* 8. *n.* 4. 5. *et def.* 1. *n.* 3. qui tamen supra investituram pro traditione habebat, ea ratione adductus, quod spem saltem juris, non jus radicatum talis expectativa tribuat. Sed responsum est a Schiltero *comment. saepius alleg. c.* 12. *p.* 118. *seqq.* et illustri Boruio *disp. de expectat. c.* 8. ex principiis supra adductis, utique traditionem conditionalem esse in casum aperturae contingentis factam, quae tamen eo ipso momento, quo vacantia aut apertura contigit, effectum suum exserat, non secus, atque alias in allodialibus traditio in certum eventum conditionemque aut diem facta. *l.* 7. *fin. ff. de jure dot. l.* 2. §. 5. *ff. de donat. l.* 8. *pr. l.* 9. *ff. de peric. et comm. rei vend. l.* 4. *pr. l.* 2. *in fin. ff. de in diem addict.* Phil. Brussel. *tr. de condit. lib.* 2. *tit.* 3. *n.* 2. Carpz. *lib.* 1. *resp.* 108. Nec tamen ante aperturam feudi renovationem petere opus habet investitus, cui sola expectativa, *das Gedinge*, *die Anwartung*, non investitura simultanea, *die gesamte Hand*, est concessa, ne quidem jure saxonico. *Lehnrecht art.* 57. *ibi*: *Do er aber etc. const. elect. s. Aug.* 45. *p.* 2. Ill. Boru. *disp. de expectat. c.* 8. §. 37.

§. 14. Res, de quibus investitura fieri potest, enumerare longum foret et praeter institutum nostrum. Itaque sufficiat generalis regula, quod de iis rebus fiat investitura, quae possunt in feudum dari. Quo pertinent etiam res mobiles et jura. Fritsch. *suppl. Speidel. Besold. p.* 66. Klockius *cons.* 124. *tom.* 3. Supplem. Cons. Klock. *consil.* 15. *per tot.* Richter. *p.* 6. *cons.* 3. *n.* 20. *vol.* 1. Gothofr. Anton. *disp. feud.* 6. *th.* 7. *lit. c.* Itterus *de feud. imper c.* 8. *n.* 3. Possunt et dari in subfeudum res feudales, 2. *feud.* 9. *pr.* Vult. *de feud. c.* 10. *n.* 79. Struv. *c.* 12. *th.* 10. Ludwel. *Synops. p.* 324. Itterus *de feud. imper. c.* 22. §. 3. Ita tamen, ut ne domini conditio deterior fiat, subvassallus sit aeque idoneus ad servitia, et omnia sine fraude agantur. 2. *feud.* 34. §. *profecto*, 2. *feud.* 55. §. *callidis.* Struv. *cap.* 12. *th.* 11. *n.* 6. Kohl. *de subfeud. c.* 2. *n.* 7. Ludwel. *synt. p.* 316. Dn. Praeses *exam. jur. feud. c.* 8. *qu.* 22. *et c.* 19. *qu.* 27. An de pluribus feudis eidem vassallo investitura fieri possit, quaestio est. Origini quidem feudorum minus convenit, Besold. *thes. pract. lit. l. fol.* 527. apud nos tamen nulla dubitatio est, et fit quotidie. In Gallia vero si quis feuda plura possideat, nonnisi unicum immune est, caetera impositionibus onerantur.

§. 15. Obiter de feudis regalibus ecclesiasticis imperii attingamus, investituram de iis Francorum regibus et imperatoribus olim competiisse. Et primo quidem ea nullam potestatem secularem habuerunt annexam, a temporibus Ottonis M. regalia quoque collata. An ex re ecclesiae et imperii, disquirit inter alios Itterus *de feud. imp. cap.* 5. §. 16. 17. Monzamb. *de stat. imp. c.* 8. §. 9. Henrico IV. controversia gravis super investitura mota est, et maximae turbae a pontificibus sunt excitatae, donec inter Henricum V. et Paschalem papam conventum., ut imperator quidem investituras ecclesiasticorum pontifici cederet, episcopi vero aliique praelati ducatus, marchias, comitatus et regalia dimitterent. Verum cum indignaretur et turbas moveret clerus, territoria atque regalia dimittere recusans, indeque papa conventionis legem implere non posset, investituras ecclesiasticas per virgam et annulum imperatori rursus concessit. Tandem tamen tot machinationibus malisque fractus imperator investituras ecclesiasticas per baculum et annulum dimisit, sibi solam investituram de regalibus sceptro expediendam reservans. Unde feuda ecclesiastica *Scepter-Lehn*, sicut secularia *Fehnen-Lehn*, appellantur. Monzamb. *de stat. imp. german. c.* 3, §. 6. Struv. *synt. jur. feud. c.* 3. *thes.* 7. Itterus *de feud. imp. c.* 9. §. 19. *seq.* Jure feudali specialiter tituli in feudum dari prohibentur. *c.* 4. *x. de praebend. c. sanctorum distinct.* 70. 1. *feud.* 6. Bisch. *comment. ad* 1. *feud.* 6. *p.* 102. dn. Praeses *exam. jur. feud. c.* 5. *qu.* 5.

§. 16. Secularia feuda ab imperatore quomodo conferantur, supra memoratum est. An a solo imperatore feuda secularia in imperio conferantur, quaeritur. Et est communis doctrina, ab alio conferri non posse. Sed quid prohibeat, quominus in sua quisque ditione princeps feuda regalia quoque conferat, nisi quid peculiari imperii lege exceptum sit, non perspicio, dummodo non totum feudum nec partem quotam sed quantam in feudum det. Klohl. *de subfeud. cap.* 2. *n.* 9. dn. Praeses *exam. jur. feud. c.* 19. *qu.* 26. dn. Itterus *de feudis imper. c.* 3. §. 11. Et etiamsi liceat, cavendum ipsis, ne hac in re faciles sint, quod eadem nimia liberalitas imperatorum potentiam in tantum minuit, ut notavit Monzamb *de form. imper. germ. c.* 3. §. 1. 2. *seqq.* Itterus *d. c.* §. 18. et ab hoc allegati auctores.

§. 17. Ad formam investiturae abusivae requiritur. sicut in genere ad quamvis traditionem, ut fiat justo titulo, *l.* 31. *ff. de a. r. d.* quae, cum in ipsa naturali ratione fundetur, recte a nobis allegatur. Hinc si ipsa conventio conditionem aut tempus contineat, jus in feudo suspenditur et effectus illius existente demum die vel conditione se exserit. Id quod in expectativa, quam investitura confirmavit, evenit, *vid.* §. 13. *h. c.* pari ratione, ut res allodialis per investituram non statim transfertur, si aut conventio nullam vim habeat, aut effectus illius suspendatur; ut in donatione conjugum investitura judicialis corroborata, quam licet effectum statim habere statuat Carpz. *p.* 2. *const.* 13. *def.* 16. ideo, quod, quae in judicio peraguntur, deliberato animo facta esse praesumantur; tamen sola judicis auctoritas actum in se et ex legis dispositione invalidum firmum reddere nequit. Et ipsos dn. Scabinos lipsienses diversum sentire testatur responsum eorum *ad lips. m. febr.* 1686 cujus ab excell. du. Rivino copia mihi facta est: *Hat Titius allhier in Leipzig ein Haus von seinen eigenen Mitteln erkaufft, und zur Helffte seinem Eheweibe der Cajae in Lehn reichen lassen, nachgehends aber solches coram Notario et testibus revociret, und ist darüber verstorben. Weil aber nichts desto weniger Caja von angeregtem Hause die Helffte als ihr Eigenthum praetendiret, wollet Ihr, was dissfalls Rechtens? berichtet seyn. Ob nun wohl angeführet werden möchte, dass die Cession dess halben Hauses und darauff erfolgta Lehn-Reichung, als ein actus inter vivos ohne erhebliche Ursachen und ohne Einwilligung der Cajae von Titio nicht hinterzogen, noch ihr das dadurch judicialiter zugeeignete dominium von ihm schlechter dinges genommen werden könne; Dieweil aber dennoch eine donation unter Eheleuten regulariter vor unkraefftig zu achten, die beschehene Cession aber sich dafür ansehenlaesset, dieselbe auch nicht morte confirmiret, sondern vielmehr ausdrücklich revociret, und solcher Gestalt durch die Belehnung das dominium nicht transferiret worden; nach mehrern Inhalt etc. So mag auch Caja die Helffte von mehrberührten Hauses als ihr Eigenthum nicht fordern, es wuere denn, dass dieselbe mit dem Manne zugleich Kaeufferin gewesen, oder sonst ihr Antheil ob causam erlangt, auff solchen Fall haette dieselbe von Titio nicht revociret werden mögen; Es bleibet aber dennoch, wenn derselbe das Kauffgeld vor sich bezahlet, dessen Erben sie desshalben gebührend zu belangen, unbenommen, V. R. W.* Et M. Januar. anno 1681. ad — *Hat Christina, Leonhard Franckens Weib, ermeldten ihrem Ehemann* 150. *Reichsthaler Heyrath-Gut, wie auch* 20. *Reichsthaler an dem halben Hochzeit Geschencke zugebracht, hingegen er ihr sein saemtlich Vermögen, insonderheit sein vor dem Thore gelegenes Haus zu einem ausdrücklichen Unterpfande verschrieben, und über das die Lehn an der Helffte solches Hauses auffgegeben, und ihr in Lehn und Würden reichen lassen. Wenn sie denn unlaengst Todes verfuhren, und nebst dem Ehemanne mit einem im ledigen Stande erzeugten Sohn nach sich gelassen; wollet ihr, wie viel demselben von ihren Vermögen zu seinem Antheil zukomme? berichtet seyn. Ob nun wohl insgemein nach der Mutter Tode die unbeweglichen Güter auff die Kinder zu fallen pflegen, das verstorbene Weib aber besagter massen das halbe Haus in Lehn bekommen; Dieweil aber dennoch allhier das halbe Haus, ungeachtet der ertheilten Lehn, des verstorbenen Weibes Eigenthum so schlechter Dinge nicht worden, indem dergleichen Belehnung unter Mann und Weib nach Gewohnheit und Herkommen dieser Stadt nur allein die Würckung einer Ubergabe auff den Todes fal hat, und, indem sie des Mannes Tod nicht erlebet, er daran weiter nicht gebunden, und die ergangene Schenckung zu widerruffen vermag, n. m. J. So hat auch der ausser Ehe gezeugte Sohn des halben Hauses sich nicht anzumassen; Es wird ihm aber, unangesehen besage des mit dem Ehemann auffgerichteten Vergleichs an statt der Mütterlichen Legitimae ihm mehr nicht als* 20. *fl. ausgemacht worden, weil er hierinnen nicht verkürtzt werden kaennen, der dritte Theil von dem eingebrachten Guth und Hochzeit Geschencke, nach bezahlten Schulden billich abgefolget. V. R. W.*

§. 19. Requiruntur et testes ad solemnitatem investiturae, 2. *feud.* 32. et hi quidem regulariter pares curiae, qui teutonico idiomate *Genossen* vocantur, de quibus du Fresne *voc. pares.* Schilter. *comment.* ℣. 9. *p.* 10. 6. *et c.* 18. §. 1. *p.* 149. Hi ad judicium constituendum olim requirebantur duodecim numero, ut judicarent vel testes essent. Unde est, quod antiquioribus temporibus in Gallia 6. ecclesiastici, totidem seculares essent pares Franciae, principali dignitate conspicui, auctoritate valentes, Gramond. *hist. Gall. lib.* 1. quorum numerus hodie auctus, potestas valde imminuta aut annihilata. Ad solemnem probationem ultra hos alii septem pares assessores requirebantur in certis tantum causis, nam regulariter et duobus aut tribus saltem testibus probationes fiebant, et nunc fiunt. 2. *feud.* 2. *pr.* 2. *feud.* 58. Bitsch. *Comment. ad h. c.* Schilter *d. comment. a d h. c* 27. §. 2. *p.* 194. dn. Praeses *exam. jur. feud. c.* 12. *qu.* 15. Comparere pares curiae tenentur sub certa poena, quae erat jure alamannico duarum, jure saxonico decem librarum, Schilter *ad c.* 115. *pr. p.* 404. si tantum, quod requiruntur, pares curiae non adsint, extranei possunt adhiberi, 1. *feud.* 26. Ad investituram tamen, quam clericus facit de feudo novo, pares curiae adhibendos omnino esse ex 1. *feud.* 46. *fin.* contendit Struv. *synt. c.* 8. *th.* 8.

§. 19. Signa pro diversitate curiarum et feudi qualitatum varia adhibentur. Ita olim investitura summorum feudorum, ut regnorum, fiebat per *hastam* aut *gladium*, mediorum, ut ducatuum, per *vexillum* et interdum per *gladium*, minorum per *annulum et torqueum*; beneficiorum ecclesiasticorum investitura fiebat ab imperatore per *baculum et annulum*, cui pontifex *pallium* adjunxit, primo in ornamentum et dignitatis signum gratis et tanquam ex singulari benevolentia quibusdam transmissum, qui mos ubi sensim invaluit, gliscente romani pontificis auctoritate et potentia in signum confirmationis et traditae potestatis ecclesiasticae adhibitum, et praesulibus necessitas imposita ingenti aere illud redimendi. vid. Marc. Anton. de Dominis *de republ. eccles. lib.* 3. *c.* 2. Barbosa *collect. in decret. in tit. x. de auctor. et usu pall.* fiebat et investitura per *bannum*. Ita du Fresne *in glossar. t.* 1. *p.* 456. notitiam judicati anno 1028. ex tabulario casauriensi exhibet: *Et investierunt praefatum Abbatem ex parte imperatoris — et posuerunt bannum*

super caput ipsius abbatis, ut si aliquis homo de ipsis rebus ministerii aliquid injuste tollere vel contendere praesumit — componat de auro libras centum. Inde per sceptrum, de quo supra spec. Svev. lib. 1. c. 32. Der Kaeyser soll leiben allen geistlichen Fürsten ihr Recht mit dem Scepter, und allen weltlichen Fürsten mit der Fuhnen, concordat *spec. saxon. lib. 3. art. 60.*

§. 20. Fiebat et investitura per *clypea* militaria, quae pro diversitate feudorum et dignitatis cohaerentis varia erant, et per insignia in iis depicta distinguebantur. Vassallis tradebantur in actu investiturae tamquam symbolum ipsius rei, id quod *donum investiturae 2. feud. 27.* §. 2. appellatur. Septem enumerat *jus alemannicum c. 1. Suben Herschilte, der fürt der Künig den ersten, die Pfuffen Fürsten den andern, die Leigen-Fürsten den dritten.* (Addit *jus saxon. provinc. lib. 1. art. 3. Die Leyen Fürsten den dritten, seit sie der Bischoffe Manne worden sind*, ex regula juris feudalis, quae habetur *jure alem. c. 96.* Unde restrictionem addit *glossa Germanica*: *Der ander Heerschilt hat sein Beginn an dem Rômischen Bischoff, und an den andern Geistlichen Fürsten, und denselbigen Schilt hâben auch die Churfûsten, und die von Braunschwaig, darumb dass sie keines Bischoffs Manne sint, und die seint genannt in legibus superillustres.* (*Die frigen Herren den vierdten.*) Comites principali dignitate non gaudentes intelliguntur. Vocabulum *Cravionis, Graff, Greve*, quod judicem seu praetorem significat, Monzamb. *de stat. imper. germ. c. 3.* §. 1. *seq.* tum in foro feudali non erat generaliter receptum, quod non respectum ad feuda haberet, sed comites veteri jure essent magistratus, qui nomine imperatoris jurisdictionem exercebant, ut constat ex *jure provinc. alemann. c. 77. et saxon. lib. 3. art. 64. seq. Die Mittelfrigen den fünfften* (barones vid. *aur. bull. Carol. IV. praef*) *der Dienstmann* (nobiles) *den sechsten, die Semperleute den siebenden.* Ita a teutonico vocabulo: *Sendbar etc.* nominantur, quod cum latino: *missus*, convenit. Antiquo enim more comites seu aulici regum Franciae et imperatorum in provincias ad jus dicendum certis temporibus mittebantur; unde missos quoque appellatos reperies. Du Fresne *Glossar. voc. missus.* Est igitur *ein Semper Mann oder sendbahrer Mann* vir de plebe honoratior et absque censura, qui habilis est, ut judicio adsit, vel praesit inferiori, atque talis praestare poterat servitia militaria, palatina, aliaque vid. prolixe disserentem dn. Schilterum *comm. alleg. ad c. 1.* Quis ex istis *Capitaneus*, quis *Valvasor 1. feud. 1. et 2. feud. 10.* dicatur, frustra quaeri arbitror, ideo, quod status regni germanici cum longobardico non in omnibus convenerit.

§. 21. Solemnitates quod attinet, operae pretium est investiturae meminisse maxime solemnis, per quam a Carolo V. imperatore electoratus in Mauritium saxonem translatus legitur apud Sleidanum *c. 20.* et Horleder *lib. 3. c. 87.* Procedebat Caesar in pegma, stipatus electoribus moguntino, trevirensi, coloniensi, palatino, brandenburgico, inde in aedes vicinas, ubi vestitu ornatuque imperatorio ab archi-camerario, Joachimo brandenburgico, induebatur. Ita cum electoriis habitu electorali amictis iterum comparuit et in solio consedit. A tergo erant tubicines et tympanotribae supra solium, quod postquam turma Saxonum vexillum sanguineum, *die Blutfahne*, ducens, sumptuosis inducta vestibus, insignia electoralia pileis et equorum galeris gestans, circumdedit, e regione se sistit Mauritius alio satellitio circumdatus, quod ex principibus, comitibus et equestris dignitatis hominibus constabat. Ante ipsum erant tubicines duodecim cum tympanotriba. E comitatu prodeunt Henricus dux brunsuicensis, Wolfgangus comes palatinus Rheni, Albertus Bavariae dux, qui solium equis circumvecti descendunt ante suggestum, in quem progressi post salutationem ter repetitam in genua prolapsi nomine Mauritii investituram, ut et investituram simultaneam nomine Augusti fratris humiliter petunt. Ut imperator ex consilio electorum per Moguntinum respondit, collaturum se, si compareat eamque petat Mauritius; gratiis submisse actis principes pari cum salutatione receduunt, equos conscendunt, ac responsum referunt Mauritio, quo accepto hic cum cohorte progreditur, adequitat, anteferuntur signa sequentia:

Vexilium electorale ab Ernesto brunsuicensi duce,
Saxoniae ducatus a Philippo duce brunsuicensi,
Thuringiae a Carolo Victore ex eadem prosapia.
Misniae, a Christophoro Comite in Regenstein.
Burggraviatus magdeburgensis, ab Henrico, leiningensi comite,
Palatinatus Saxoniae, a Johanne comite ortenburgensi,
Brenensis comitatus a Bertoldo, domino Leippae in Cronau, regni Bohemiae mareschallo haereditario,
Dynastiae pleissensis a Wilhelmo Domino Leippae in Cronau,
Burggraviatus aldenburgensis a comite ab Eck in Salm.
Rubrum seu sanguineum, *die Blutfahne*, a Christophoro a Ragewiz.

Desilit equo, in suggestum progreditur, antecedunt, et cum suo quisque vexillo consistunt a dextro Ernestus et Carolus Victor, duces brunsuicenses, Henricus Leiningensis comes, Bertoldus L. B. in Leippa, et Eckius comes, a sinistro latere Philippus dux brunsuicensis, Christophorus comes regensteini, Johannes comes Ortenburgi, Philippus L. B. in Leippa, et Christophorus a Ragewiz. Proximi sunt tres ante ablegati principes, sequitur Hoierus comes in Mannsfeld, cui mandatum erat, ut Augusti fratris nomine simultaneam investituram quaereret, tum tres equestris ordinis viri, consiliarii principis, Christophorus a Taubenheim in Bedrau, Conradus a Baumelberg, et Mauritius a Feilitzsch. Mauritius cum comitatu solita reverentia simul ac ascendit, dimittit se in genua, proximus ipsi est comes in Mannsfeld, post eum procumbunt tres principes supradicti, tum tres consiliarii, ad utrumque latus, qui vexilla tenebant, proceres. Ita nixus genibus petitionem repetit, responsum accipit per Moguntinum: memorem promissi imperatorem, recordari fidei servitiorumque, quae ipsi et imperio a Mauritio et fratre Augusto praestita sint; proinde si ipsi imperioque fidelitatem juramento promittat, investiturum se Mauritium et descendentes de archimareschalli officio electoratu caeterisque a se et imperio recognoscendis, quae Johanni Friderico competierint, nec pacto filiis ejus fuerint reservata. Pro-

pius adit imperatorem Mauritius, innixusque genibus praestat juramentum in verba praeeunte Moguntino, digitis Evangelio impositis, quod Moguntinus posuerat in gremio imperatoris. Quo facto imperator gladium a pappenheimensi comite arreptum tradit Mauritio in signum collati officii archimareschalli, eodem modo singula vexilla ordine tradit, quae postquam accepta sunt, in adstantes projiciuntur. Quos inter actus comes a Mannsfeld a tergo genibus insistens ex mandato singula signa simul apprehendit, demum rursus ensem Caesar porrigit Mauritio, eumque inter electores considere jubet. Quo facto, gratiisque peractis et reiterato promisso, Caesar cum electoribus in aedes se confert, ornatuque deposito regreditur, Mauritius eum comitatu equum conscendit, et aedes suas repetit.

§. 22. Inter alia, quae hic notari possunt, vexilla in adstantes projecta esse memorantur, quod ita usu est receptum. Singulari privilegio a Friderico III. imperatore donatus dicitur rex Bohemiae, ut paracta investitura vexilla ei integra atque illaesa restituantur. Itterus *de feud. imper. cap.* 9. §. 32. In eo vero fallitur dn. Itterus, quod tamquam peculiare duci Würtembergensi tribuit, ut vexillo flavo, in quo aquila nigro colore se exhibet, investiatur, cum aliis per rubrum saltem vexillum ab omni armorum seu insignium pictura vacuum investitura fiat. Rubrum enim hoc vexillum investituris feudorum principum secularium adhibetur quidem, sed haud solum, verum conjunctum cum aliis, et ultimo loco traditur, atque regalia denotat ratione provinciarum, quae praecedentibus vexillis indicantur. Et si Hortlederum, quem citat Itterus, inspicias, *lib.* 3. *cap.* 9. *fol.* 813. eodem modo dux Würtembergicus, cum tradito pallio et pileo dux pronunciaretur, investituram de regalibus accepit. Hoc vero singulare est, quod vexillum equestre ducit, *des heiligen Römischen Reichs Sturm Fahne*, cum quo turma ipsius solium imperatoris tum circumdedit. Et inde est, quod electori brunsuicensi vexillum in electoratus insigne petenti contradixisse perhibetur. Alias solemnitates videre est in Struv. *synt. jur. feud. c.* 3. *th.* 7. *n.* 10. Vult. *de feud. c.* 7. *n.* 20. Itter. *de feud. imp. c.* 29. *seqq.* dn. Praeses. *exam. jur. feud. c.* 12. *n.* 7. *et append.*

§. 23. Necessaria quoque est promissio fidelitatis, quae a feudo abesse non potest, quippe quod in hunc finem primario constitutum est. 2. *feud.* 6. *fin.* Anton. *disp.* 1. *thes.* 2. *lit. e.* Ut vero per juramentum fiat promissio, non de essentia feudi, sed de natura est, adeoque istud regulariter in quavis investitura praestandum. arg. 2. *feud.* 3. etiam a clerico, *c.* 30. 31. *x. de jurejur.* Vultej. *lib.* 1. *c.* 7. *n.* 43. Boces. 4. *n.* 11. dn. Itterus *de feud. imp. c.* 9. §. 41. Est autem fidelitas vel ministerialis, vel subjectionis vel feudalis, Schilter *ad c.* 4. §. 7. *p.* 64. Has species distinguit Obertus 2. *feud.* 5. Feudalis fidelitas obligat vassallum ad observandum domini honorem seu dignitatem, utilitatem, incolumitatem. Formulis distinguitur a juramento subjectionis fidelitatis juramentum, quod in hoc vassallus promittit fidelitatem, *treu, gewaertig und hold*, in illo vero subditus et obedientiam, *gehorsam*, vel: *gehorsam und unterthaenig*, vel: *Von Unterthaenigkeit wegen gehorsam zu seyn.* Formulae quaedam extant *in append. ad exam. jur. feud.* dn. Praesidis. Et cum ab initio feudorum subditis plerumque feuda concessa sint, saepe fit, ut subjectionis juramentum, *die Erb-oder Landes-Huldigung*, cum altero, *der Lehns-Pflicht. Lehn Huldigung*, conjungatur. De jurejurando, quod status imperii praestant imperatori, quaeritur, an subjectionis sit, quod verbum: *Gehorsam*, comprehendat. Videtur affirmandum esse, si initium et statum imperii antiquum spectes, nostra autem tempora quantum ab eo statu differant exponit Monzamb. *de stat. imp. german. c.* 5. *per tot et praecipue* §. *ult.* vid. dn. Itterus *de feud. imp. c.* 9. §. 43. Quaestio formatur in Besoldi *cons. thesaur. pract. sub voc. Lehnmann. p.* 364. an, qui tale juramentum fidelitatis et subjectionis praestitit, possit pro salute patriae contra principem eumdemque dominum feudi agere? Ubi Scheffernm allegat, *p.* 3. *qu.* 48. et responsorum mentionem facit, quae a Jctis lipsiensibus, scabinis jenensibus et magdeburgensibus data fuerunt.

§. 24. In simultanea investitura necesse est, ut consensus possessoris adhibeatur, 1. *feud.* 3. *vers. nisi ille*, 1. *feud.* 22. §. *si quis, et ibi* Bitsch *comment.* cum possessoris intersit, ne quis invito eo investiatur, et ipsi jus quaesitum auferri nequeat. Idem statuit jus saxonicum electorale, *rescr. torgav. tit. Welcher Gestalt. die agnaten etc.* §. *Jedoch etc. ibi*: *Mit Vorwissen des Besitzers.* Hart. Pistor. *lib.* 2. *qu.* 20. *pr. et n.* 22. M. Pistor. *cons.* 40. *n.* 55. Carpz. *lib.* 6. *resp.* 75. Num sine possessoris consensu expectativa concedi possit, disceptatur. Et si quidem super expectativa investitura fieri debeat, ob rationes adductas consensus possessoris utique requirendus est; quo neglecto irrita est, quatenus vassallum respicit. Dominum ipsum nihilominus obligat, quod verius videtur, licet alii in totum irritam esse statuant. *arg. l.* 1. *ff. de exc. rei vend. et trad.* absque investitura vero expectativa valide conceditur, cum exinde non jus in feudo, sed personalis actio contra promittentem tantum acquiratur. Sunt quidem, qui plane invalidam et injustam esse volunt expectativam, et jure alemannico infirmata erat omnino, nisi expresso possessoris consensu concederetur; verum ut ex singulari ratione civilis prudentiae hoc factum erat, et conditione temporum istorum bellis ac diffidationibus expositorum, unde aperta porta patere poterat, vel vi vel insidiis captandi mortem possessoris, quo vel invito vel saltem inscio investitura in casum mortis ejus facta fuerat tertio, quo citius ocyus feudi possessionem obtineret: ita non solum jura longobardica et saxonica diversum statuunt, 1, *feud.* 27. *jus sax. c.* 10. 11. sed et inter Alemannos ab isto rigore successu temporis recessum. vid. Schilter *comment. ad cap.* 19. et justitiam expectativarum optime defendit. Illustris Born. *disp. de expectat. c.* 3.

§. 25. Inter alia praecipue observandum, in acquisitione novi feudi per emptionem investituram peti debere, antequam pretium solutum sit, et apprehensa possessio, sub poena privationis aut arbitraria. *Mand. elect. sax. de dato d.* 6. *jul. anno* 1622. *fol.* 538. *seq. corp. jur. sax. et mand. de dato d.* 1. *jun. ao.* 1657. *in append. corp. jur. sax. fol.* 24. Nec ipsa emptio venditio aliter, quam sub clausula: si dominus consenserit, contrahenda. *ibid.* Notandum quoque, in electoratu Saxoniae permitti vassallo nominare, qui de feu-

do novo simul investiantur, dum tamen fiat intra annum et diem. Nam postea non absque difficultate obtinebit.

§. 26. Quis sit effectus investiturae abusivae, supra disputatum est tam prolixe, ut addere quid supervacuum sit. Acquirit inde vassallus jus feudi, vi cujus possessionem illius apprehendit, *arg.* 2. *feud.* 33. dn. Boru. *de expect. c.* 8. §. 4. et quos ib. allegat dd. et istud a quocumque possessore vindicat. Evicto vero feudo contra dominum agit. Volunt quidam, non acturum in omne id quod interest, sed ad veram tantum feudi aestimationem. Ratio ea adducitur, quia contractus feudalis semper ex parte domini donationis similitudinem et liberalitatis quid admixtum habere videatur; eam vero sententiam rejicit Struv. *synt. jur. feud. c.* 6. *aphor.* 9. quod donatio tamen non simplex sit, sed ob causam. Quamlibet commoditatem et utilitatem ex re feudali obvenientem percipit, unde et thesaurum lucratur, Struv. *synt. c.* 12. *th.* 5. dn. Praes. *ex. jur. feud. c.* 2. *qu.* 18. non tamen libere de feudo disponit, 2. *feud.* 55. Domino vero ad fidelitatem, ut hic ipsi vicissim, 2. *feud.* 6. *fin.* et regulariter ad servitia est obstrictus. Si plures investiti sint, potior est conditio illius, qui investituram accepit prior, quod et ad expectativam investituram munitam extenditur.

§. 27. Perit effectus investiturae per modos, quibus feudum finitur vel amittitur. Quod fit inter alia jure saxonico per neglectam renovationem. Eo enim jure et de feudo improprio, ni specialiter hoc exceptum sit, renovatio petenda est, etiam a foemina. ut in curia saxonica electorali usu servatur. In feudis tamen minoribus seu rusticis, de quibus servitia militaria, *Ritterpferd*, non praestantur, possessor ad renovationem sub hac poena non est obstrictus. Ratio forte ex *c.* 1. *jur. feud. alem.* desumenda videtur: *Also lutzel so wann so die Welt sol zergan do wir yetzo inne sint wenne es ist die subende Welt Als (lutzel) weys man von keiner Gewissheit, obe der subende Herschilt Lehnrechs haben möge oder nüt.* Cum quo convenit *jus sax. provinc. lib.* 1. *art.* 3. *Und als die Christenheit in der siebenden Welt keine Stetigkeit weiss, wie lang sie stehen sol: Also weiss man auch nicht an dem sieben den Schilde, ob her Landrecht oder Heerschildrecht haben möge.* Nec in feudis majoribus omnis negligentia punitur privatione. Nam non tantum jus feudale commune causae cognitionem et sententiam requirit. 1. *feud.* 21. 22. 2. *feud.* 52. Rosenthal. *c.* 10. *concl.* 12. *n.* 6. *seqq.* quae privatoria est, excepto casu alienationis illicitae, ubi declaratoria 2. *feud.* 55. Struv. *synt. c.* 15. *th.* 11. Itter. *de feud. imp. c.* 24. §. 8. vid. *resol. gram. el. sax. de an.* 1661. *tit. instit. s.* §. 55. mortem, capitalem inimicitiam, infantiam, justam absentiam excusat; sed et in electoratu saxonico mitior sententia fere praevalet, et aut purgatorium, quod dolo caruerit investitus, poscitur, aut injungitur multa, quod non, ut antiquitus, gratis feuda conferuntur, sed acquiruntur titulo oneroso. Fuit haec quaestio de poena neglectae investiturae inter casus dubios in Saxoniae electoratu notatos, quorum decisio authentica adhuc a principe expectatur. Quodsi tamen vassallus feudo ob hunc neglectum privetur, jure communi revertitur illud ad dominum, donec vassallus ejusque descendentes mortui fuerint. Jure saxonico statim devolvitur ad simultanee investitos 2. *feud.* 24. §. 3. Struv. *synt. c.* 15. *th.* 13. *const. elect. sax. aug.* 48. *p.* 2. Carpz. *p.* 2. *const.* 49. *def.* 12. *et p.* 3. *const.* 27. *def.* 1.

§. 28. An mulier privetur feudo ob delictum mariti, qui est provassallus? quaestio est, circa quam mirum, quam variae opiniones sint inter commentatores. Vid. Cristoph. Besold. *p.* 2. *consil.* 57. *n.* 68. *et n.* 81. Sehrader. *tr. feud. p.* 9. *part.* 2. *sect.* 9. *qu. ult.* Besold. *thesaur. pract. contin. vocab. Lehntraeger.* Ego quidem nullam pro affirmativa rationem perspicio. Nam si investituram per procuratorem consideres, caerimonia est, per quam quasi in fraudem legis dominium feudi in mulierem transfertur, quod antiquioribus temporibus ex natura feudorum transferri directo non poterat. Provassallus fere inane nomen est, et praeter actum, qui in investitura nomine uxoris geritur, nil habet quod expediat et disponat de feudo, aut periculo mulieris delinquat. vid. Carpz. *p.* 2. *const.* 13. *def.* 17.

DISPUTATIO DUODECIMA

DE OBLIGATIONE AFFIRMANTIS CIRCA STATUM NOMINUM,

DIE NOVEMBR. ANNO MDCCIV.

PRO LICENTIA

JOH. HENRICUS PAGENSTECHER. OSNABRUGENS

INGRESSUS.

Dum loquelam hominibus in universum omnibus a Deo concessam vident mortales, illam sibi plerique licentiam sumunt loquendi dicendique, quod in os venerit, male persuasi, se sicuti rerum suarum, ita et verborum dominos, nec ad illorum evictionem adstrictos es-

se; etenim si secum perpenderent, factorum non tantum, sed et dictorum omnium, imo et cogitationum se aliquando coram judicio Dei reddituros esse rationes, accuratiorem certe dicendorum susciperent censuram, nec a verbis tantum, quae famam alterius laedunt, sed et ab inanibus semet studiosius abstinerent. Verum ne quidem in foro humano semper immunis erit, qui in verbis admodum liberalis est, et plura vel jactat vel affirmat, quam veritas negotii admittit. Nam qui effuso sermone se jactat, in promptum incidere sui periculum, jam olim serio monuit d. Imperator Justinianus *in l. ult. cod. de dot. promiss. in fin.* Etenim sermo ex ore emissus difficilius retinetur, quam navis exposita ventis; hanc enim a vento correptam funibus et anchoris inhibent, ejusque velocitatem frangunt: orationi tamquam e portu semel egressae, nulla statio, nullus anchorae jactus reliquus est, sed magno cum sonitu et fragore vecta auctorem in magnum et grave aliquod conjicit et demergit periculum; teste Plutarcho. Quamobrem expedit, ut quisque verborum ore proferendorum rationem habeat, antequam emittat, et a superfluis se abstineat. Mev. *ad jus lub. p.* 3. *tit.* 10. *art. un. n.* 4o. ne illis jam temere prolatis serius sapere discat. Huc quoque referendum est illud Jctorum assertum, quod quisque illud praestare teneatur, quod affirmavit. Quatenus autem hoc in judicio attendi mereatur, et an omni casu locum inveniat affirmantis obligatio, dignum disquisitione inaugurali existimavi. Cum vero haec materia prolixior sit, quam ut ordinariis pagellis academicis includi possit, ideo hic saltem statum personarum, et quatenus hic affirmanti nascatur praejudicium, exhibebo. Deus adsit conatui, cujus auxilio fretus ad rem progredior.

SUMMARIA.

Sermonis utilitas in vita humana. §. 1.
Praecipue in contrahendis obligationibus. §. 2.
Affirmatio quo fine adhibeatur? §. 3.
Affirmatio quot modis fiat? De nutu. §. 4.
An tacens affirmet? §. 5.
De affirmatione poenali ob contumaciam. §. 6.
Affirmatio simplex vel qualificata. §. 7.
Affirmatio qualitatis ut obliget? quid requiratur? §. 8.
Affirmativa debet esse clara. §. 9.
De affirmatione indirecta. §. 10.
Quotupliciter ex affirmatione resultet obligatio? §. 11.
De statu personarum. De servo se liberum affirmante. §. 12.
De affirmante se esse notarium. §. 13.
An dominus inde obligetur? §. 14.
De proprio homine se liberum affirmante. An dissolvat hoc matrimonium? §. 15.
De illo, qui falso se civem affirmat. §. 16.
Quod si hoc praetextu ad beneficia civium sit admissus? §. 17.
Quid qui se bona fide civem dicit? §. 18.
De eo, qui se alienigenam affirmavit. §. 19.
De matre affirmante partum esse illegitimum. §. 20.
Si pater quem filium affirmat. §. 21.
Si quis affirmat, se cum aliqua concubuisse. §. 22.
Quantum haec affirmatio operatur, in praejudicium patris. §. 23.
Si pater spurium nominat filium legitimum? §. 24.
Si pater non contradicit mulieri, post divortium se praegnantem dicenti. §. 25.
De vidua se post mortem mariti praegnantem affirmante. §. 26.
De filiofamilias se patremfamilias affirmante. §. 27.
Si minor se majorem affirmat. §. 28.
Quid si jurato se majorem affirma it? §. 29.
Qui dolo alterius inductus se majorem affirmavit. §. 30.
Circa sponsalia consensus maxime necessarius. §. 31.
An acceptatio annuli in ducat consensum sponsalitium. §. 32.
An sufficiat, si partes affirmant jam ante sponsalia contraxisse. §. 33.
An responsio dubia pro affirmatione sufficere possit? §. 34.
Si quis ex desponsatis vinculum consanguinitatis matrimonio obesse dicat. §. 35.
Quid si terius de sponsa quid affirmavit? §. 36.
Si quis puellam moratam affirmat. §. 37.
Quid si pater sponsae de hac quaedam affirmaverit. §. 38.
S' pater in testamento nominavit tutorem, quem tertius idoneum affirmavit. n. 39.
Quid si tutorem dederit ad alterius affirmationem. 40.
De eo, qui in judicio tutorem affimat idoneum. §. 41.
De affirmante fidejussorem esse idoneum. §. 42.
Ad quid illi obligentur? n. 43.
Quid si tutor pupillo alimenta praestari posse negavit. §. 44.
Conclusio. §. 45.

§. 1. Quemadmodum usus sermonis a Deo homini benignissime concessus inter beneficia maxima referri debet, dum infiniti inde in genus humanum redundant fructus, et quamvis ipsa vocabula, quibus sermo figuratur, dependeant ab impositione humana, Quintil. *instit. orat. lib.* 1. *c.* 6. Puffend. *de jur. n. et g. lib.* 4. *c.* 1. §. 4. tamen ipsa facultas loquendi et sermones miscendi, summo creatori accepta ferenda est: ita quoque sermo humanus suis non destituitur effectibus juris, dum pro varietate circumstantiarum, nunc hos, nunc illos edit effectus. Hinc recte Grot. *de jur. b. et p. in proleg?* §. 7. *in fin.* societatis inter homines a natura constitutae hoc peculiare esse dicit, ut instrumentum habeat sermonem, per quem excolere possit illam societatem, quae juribus naturae dirigitur et Cic. *lib.* 1. *de offic. c.* 16. eleganter sit, quod *oratio docendo, dicendo, communicando, disceptando, judicando* conciliet inter se homines. Quid

itaque mirum? quod et jure civili tot utilitates et effectus supersint. Quam multa per nuncupationem constituuntur et conciliantur negotia? quorsum spectant testamenta nuncupativa, verborum obligationes, et quae olim formulis solemnibus dirigebantur, negotia tum judicialia tum extrajudicialia. Barnab. Brisson. *de solemn. pop. rom. verb.* ipsa rerum absconditarum ac dubiarum veritas eruitur per testium depositiones, quae nuncupative fieri debent, neque enim admittuntur, si scriptum vellent edere testimonium. *l.* 3. §. 1. *de testib. c.* 3. *c.* 8. *q.* 2. Et quis omnes usus sermonis in vita civili obvenientes recenseret?

§. 2. Inprimis vero huc spectat, quod sermo non tantum sit medium declarandi suam voluntatem et mentem, sed etiam se obligandi. Cum enim obligatio, inprimis ex consensu duorum perficiatur *l.* 1. *pr. ff. de pact.* et omnium fere obligationum fundamentum in eo consistat *l.* 1. §. 3. *ff. ibid.* hic vero intra mentem latitet, et sic per signa quaedam externa declarari debeat, nullum efficacius signum declarandi consensum et se obligandi inter homines consistere potuit, quam sermo. Bene Grot *de jur. b. et p. l.* 2. *c.* 4. §. 3. *juris effectus, qui ab animo pendent, non possunt tamen ad solum animi actum consequi, nisi is actus signis quibusdam indicatus sit*, et quamvis signa haec de actibus voluntatis nostrae non habeant certitudinem mathematicam, sed probabilem, cum et verbis aliud eloqui possint homines, quam quod volunt et sentiunt; interim judice Grotio *alleg.* §. *in fin. natura humana societatis non patitur, ut actibus animi sufficienter indicatis, nulla sit efficacia*, ut adeoque id, quod sufficienter indicatum est, pro vero haberi debeat, adversus eum, qui indicavit, quo ipso reservationes mentales ab aliis alias approbatae (vid. Leonhard. Lessium *in tr. de just. et j. lib.* 2. *c.* 42. *dubit.* 9. *n.* 47. et Theophil. Rainaud. *sing. tr. de verit. moral.*) merito rejiciendae veniunt Puffend. *cit. l.* §. 14. Pn. Praeses *de jur. sens. disp.* 10. *c.* 3. *n.* 26. *seqq.* Quae cum ita sint per se, jam inde declaratur commune illud principium, cordibus hominum implantatum, promissa sunt servanda.

§. 3. Quod jam in thesi de sermonis usu et effectibus dictum est, in specie quoque ad affirmationem, quae principaliter sermone fit, applicari potest. Haec enim eum in finem inter homines adhiberi solet, *ut ei cujus interest, certam et constantem, cui fidere possit, ingeram opinionem, de qua antea vel adhuc dubitavit, vel non satis instructus vel certus erat.* Cum itaque principium juris naturae quoque sit, ut cum altero, quocum in societate humana vivo, bona fide et sincere agam; ita quoque eodem jure quilibet obligatur, ad illa demum affirmanda et alteri inculcanda quae cum animi sui sententia conveniunt, alioquin si inde discrepent, alterque damnum inde patiatur, merito ad damnum illud resarciendum affirmans tenetur. Hanc sinceritatem videtur voluisse ipse Salvator inculcare, *Matth. V.* 33. *Esto sermo vester nae nae, non non, quod ultra haec est ex malo*, quod et repetit Jacobus *c.* 12. quod ita homo sincere agere debeat cum altero, ut quae affirmanda sint, affirmentur, quae neganda, negentur. Unde et lemens Alexandr. *lib.* 8. *Strom. p.* 729. *lit. b.* hoc ita egregie explicat, sed *neque* (Christianus) *eat, ut qui in affirmatione quidem, ita vel est, in negatione autem, non, usurpare constituerit, sufficit ergo ei, vel affirmationi vel negationi illud addere, vere dico, ut fidem iis faciat, qui responsione ejus non perspiciunt stabilitatem.* Quo ipso praeterea affirmationes illae temerario juramento stipatae reprehenduntur, maxime in causis extrajudicialibus adhiberi solitae, cum enim affirmatio simplex, absque ulla additione juramenti, iisdem sufficere possit, merito juramenta eatenus pro temerariis et superfluis habenda et sic reprobanda.

§. 4. Potest autem affirmatio vario modo fieri. Potissimum quidem fit sermone, sed tamen et nutus aeque receptum inter homines affirmandi indicium est. Id quoque testatur Puffend. *de j. n. et gent. l.* 4. *cap.* 1. §. 2. dicens: *passim receptum, ut capite modice inclinato aliquid affirmemus, eodem in latere concusso, negemus, et tergo obverso aliquid respuamus*, quo ipso etiam apud nutos talis affirmatio deprehenditur. Grot. *de jur. b. et p. lib.* 3. *c.* 1. §. 8. in his itaque, quae verba non requirunt, nutus etiam sufficit ad arguendum consensum vel dissensum *l.* 48. *de obl. et act.* adeoque muti per nutum contrahere possunt, Paul. Montan. *de tutel. c.* 9. *n.* 44. Michalor. *de caecis, surd. et mut. c.* 37. *n.* 2. imo et sponsalia quoque celebrare et matrimonium inire; cum et hic vel nutus sufficiat. *cap. tuae fraternitati.* 25. *x. de sponsal. l. mutus.* 73. *de jure dot.* Thomas Actius *de privileg. infirm. p.* 1. *c.* 12. *n.* 7. Inus Praeses *de jure sens. diss.* 4. *cap.* 2. *n.* 2. 9. *et seqq.* nam ut ait Pontifex *all. text.* quod mutus verbis non potest, signis valet declarare. Caeterum, cum praeter nutum etiam alia saepe signa a mutis adhiberi soleant, quibus praeter affirmationem aliquid declarent, cum non semper absoluta sit affirmatio, utile et ut cognati ejus adhibeantur, qui nutuum et signorum notitiam habent, quo alteri contrahentium voluntatem ipsius exponere possint. Angel. Aretin. *in* §. *mutus inst. de inutil. stipul. n.* 4.

§. 5. Sed et tacens saepe affirmat *l.* 142. *de reg. jur. l.* 2. §. 2. *sol. matr.* praesertim, si in tali negotio quis acquiescit et tacet, ubi tamen quam maxime contradicere debuisset, prout *in l.* 18. *ff. mand. et l.* 60. *de r. j.* Hinc Grotius de *j. b. et p. l.* 2. *c.* 4. § 5. dicit: *Sub factis moraliter veniunt et non facta, considerata cum debitis circumstantiis*, sic qui scieus et praesens tacet, videtur consentire. Quo eleganter spectat *cap.* 30. *v.* 12. *et* 13. *numeror.* a Grotio in supra citato loco allegatum. Quemadmodum enim reliqua signa recepta sunt inter homines, ut consensus et mentis nostrae faciant indicium, ita quoque, ubi taciturnitas inter homines pro signo affirmante communiter habetur, ibi etiam merito habetur pro affirmatione. Inprimis vero tunc pro affirmante et consentiente habetur tacens, quando quis ibi tacuit, ubi scivit aliquid geri in suum praejudicium, quod sua contradictione potuisset impedire, e. g. qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. *l. sub all.* 60. *de r. j.* Duo ergo requiruntur, 1. ut aliquid geratur in praesens et certum ejus praejudicium, et ita maxime in judicialibus tacens sibi praejudicat. Tiraq. *de jure connub. gl.* 7. *n.* 37. Surd. *decis.* 47. *n.* 9. Jac. Cancer. *variar. resolut. lib.* 1. *c.* 20. *n.* 21. Hinc utiliter protestari solent advocati, quod tacendo noluerint affirmare illa, quae altera pars proposuit: *Sie wollen dem Gegentheil mit Stillschweigen nichts eingeraumet ha-*

ben. Quodsi autem tacentis praesens praejudicium non adsit, pro affirmatione taciturnitas haberi nequit. Proinde taciturnitas agnati non praejudicat agnato, si adsit feudi alienationi, cum ad eum feudi successio non sit devoluta. Gothofred. Anton. *disp. feud.* 9. *th.* 4. *lit. c.* nec creditori obest, si eo praesente et tacente fundus ipsi oppignoratus venditus sit. *l. Cajus* 39. *de pignor. act. l.* 8. §. 15. *quibus mod. pign. solv.* quia sciebat, jus suum nihilominus durare; idem de jure retractus dicendum, quod non tollitur scientia (praefinitio tempore non elapso) Carpzov. *p.* 2. *c.* 32. *d.* 3. nec praesentia et silentio, Tiraquell. *de retract.* §. 1. *gl.* 9. *n.* 148. *et* 153. 2. ut potuerit contradicendo actum impedire, alias consentire et affirmare non videtur *l.* 39. *ff. de pign. act.* Menoch. *cons.* 120. *n.* 10. Steph. Gratian. *discept. forens. c.* 38. *n.* 21. saepe enim potentia aliorum impedit, quominus contradicere hi, de quorum praejudicio agitur, non possint Klock. *de contribut. c.* 7. *n.* 41. quo casu saepius murmuratio pro contraditione solet esse.

§. 6. Tandem quoque affirmatio ex legis declaratione, aliquando ex alterius contumacia, qui respondere, h. e. negare vel affirmare recusat, inducitur. De jure saxon. hoc certum est, quod in poenam contumaciae lis pro affirmativa contestata, et hinc pro confesso et convicto habeatur, Carpz. *in process. tit.* 8. *art.* 3. 32. Coler. *de proc. execut. p.* 1. *c.* 2. *n.* 14. Brunnem. *in proc. civ c.* 4. *n.* 9. *seqq.* quod itidem quoque in jurare detrectantibus juris est, *l.* 38. *ff. de jurejur.* Quo etiam referri potest, si pater ex mera protervia fastu vel superstitione non vult consentire in nuptias liberorum suorum, nec tamen justas dissensus causas allegare potest, hic consistorium defectum consensus ipsius supplere solet, *und wird sein Nein vor Jaerklaert,* Brunn. *de jur. eccles. l.* 2. *c.* 26. *ibique* dn. Praeses.

§. 7. Caeterum affirmatio est vel simplex vel qualificata. Illa dicitur, quae nullum effectum juris producit, nec fit illa intentione inter partes, ut aliqua inde oriatur obligatio, quo pertinet nuda assertio, ubi quis saltem de sua scientia respondet, non fraudulenter, nec animo commendandi, v. g. Si mercator alteri de Titio quaerenti respondeat: *Ich habe offt mit ihm. gehandelt, und allezeit guten Glauben gefunden.* Mev. *ad jus lubec. p.* 3. *tit.* 10. *un. n.* 37. *seqq.* Haec vero, quae simul aliquam affirmantis obligationem continet, ad illud quod affirmavit, de se vel de alio, vel de re aliqua, praestandum. Hujusmodi generis obligationes per totum jus se diffundunt, et ubique casus sufficienter se sistunt. Sic affirmatio specialis de qualitatibus certis rei venditae inhaerentibus obligat venditorem ad rem in illa qualitate praestandam, exemplum est *in l.* 43. *ff. de contr. empt. l.* 19. *ff. de aedil. ed.* Lövenstrunk *medit. aedilit. l.* 1. *c.* 3. *n.* 63. quamvis non nimis amare talis affirmatio interpretanda *l.* 18. *pr. ff. de aedil. edict.* Ne vero nimis diffundar in hac amplissima materia, hos cancellos mihi ipse circumscripsi, ut tantum effectos ostendam affirmationis, quantum ad statum hominum.

§. 8. Ut vero haec qualificata affirmatio recte sese habeat, ante omnia requiritur, 1. *ut sit deliberata et libera,* nam si errore sit prolata, obligare nequit, quia errantis nullus est consensus *l.* 15. *de jurisdict.* et absque consensu nulla est obligatio. *l.* 9. *ff. contr. empt.* Idem, si metu gravissimo et quidem illicito extorta sit, cum nihil magis consensui adversari possit, quam vis et metus. *l.* 116. *de reg. jur. c.* 18. *x. de renunt.* et nemo metum alienum in suam rapere debeat utilitatem *l.* 9. *l.* 14. §. 5. *ff. quod met. caus.* Idem forsan dici posset, si ex praecipitantia, ira, ebrietate vel alio vitio consensum vel deliberationem impediente, affirmatio processerit, neque enim potest dici cogitatum, quod nimis festinatum, *cap. cum Bertholdus x. de re judicata.* Idem forsan dicendum esset, si quis dolo alterius ad affirmandum esset inductus, et bona fide aliquid affirmavit. 2. *ut sit sincera.* Neque enim jocosae affirmationes aliquam possunt producere obligationem, qualia saepe occurrunt exempla in sponsalibus, ubi quis per jocum affirmavit, se hanc vel illam virginem velle ducere uxorem, id quod ex circumstantiis judicandum, in re enim seria serio agendum, 3. *ut sit certa et specifica.* Generalis certe non semper vim obligandi habet, quo pertinent generales commendationes mercatorum de mercibus vendendis. *l.* 19. *pr. ff. de aedil. edict. l.* 43. *de contr. empt. l.* 37. *de dolo malo.* Hilliger. *ad Donell. lib.* 13. *c.* 3.

§. 9. Porro qualificata haec affirmatio, 4. inprimis esse debet *clara et perspicua,* ut affirmantis intentio inde possit conjici. Hoc potissimum attendi solet in judicialibus, ubi responsiones dubiae incertaeque merito rejiciuntur, adeoque in litis contestatione non admittitur responsio, *Er stelle es dahin, könne wohl seyn,* Carpz. *in process. tit.* 10. *art.* 3. *n.* 48. *et p.* 6. 1. 40. *per tot.* Brunnemann. *in proc. civ. c.* 14. *n.* 16. Neque enim potest dici palam, quod sciri non potest. *l.* 40. *pr. de jure fisc.* cum tamen affirmationis vel negationis ea sit natura, ut alteri certa ingeratur opinio. Idem quoad positiones observatur, quae si obscurae sint, rejiciuntur. Mascard. *de prob. concl.* 1176. *n.* 22. Michalor. *de posit. c.* 7. Caeterum si de contractibus sermo sit, quaestio moveri posset, contra quem affirmatio obscura interpretanda? quod quidem *in l. veteribus.* 39. *ff. de pact.* ita deciditur, ut ei potius nocere debeat, qui clarius loqui debuisset, qualis is esse videtur, qui pactum contractui in sui favorem adjecit, et per hoc singularem quaesivit utilitatem, huic enim merito imputandum esse, ratio suadet, quod non curaverit, ut clarius omnia exprimantur. Proinde si emptor accedere Stichum servum fundo, de quo principaliter venditio facta, voluit, et tantum venditor per affirmationem suam in hoc consensit, ut Stichus esset instar additamenti, *als eine Zugabe*; postea vero de persona Stichi dissentiant, quod plures essent ejusdem nominis, venditor potest dare, quem volet, quia emptori imputatur, quod, quem voluit fundo accedere, non clarius expresserit *l.* 34. *pr. de contr. empt.* Cum enim affirmatio se referat ad praecedentem interrogationem, ita sane haec debuisset institui, ut clarior quoque sequi potuisset affirmatio.

§. 10. Denique affirmatio alia est *directa,* alia *indirecta.* Unde vulgatum assertum: negativa praegnans habet implicitam affirmativam, et quod de uno negatur, de aliis tacite affirmatur. *l.* 21. *de s. p. u. l.* 24. *de pign. l.* 18. *de testib.* Qui enim negat Titium esse mortuum, affirmat eumdem adhuc vivere, et qui negat aliquem defectum vel morbum in equo adesse, affirmat eum esse sanum. Quamvis itaque negativae per

rerum naturam non sit probatio. *c. 5. x. de renunc. l. actor.* 23. *de probat.* Hieron. Fernandez de Otero *in repet. cap. fin. de consuet. n.* 30. Mascard. *de probat. concl.* 6. Franc. Herculanus *in tract. de probat. negat.* tamen aliud dicendum, ubi negans virtualiter affirmat. Herculanus *cit. l. n.* 11. Marin. de Fano *tr. qualit. negat. prob.* Menoch. *de praesumpt. praes.* 50 *n.* 14. *seq.* Flamin. Paris. *de resignat. benef. l.* 8. *qu.* 2. *n.* 27. Neque enim tantum affirmativa ex verbis desumenda est, sed etiam ex virtute verborum Franc. Herculanus *cit. l. n.* 11. *in fin.* Hinc etiam duae negativae faciunt unam affirmativam. *l. duobus negativis. n.* 37. *ff. de verb. sign.* ibique Alciat. nisi forsan negationes referantur ad diversa. Bald. *in l.* 1. *de serv. fug. n.* 29. *col.* 3. nam haec regula tantum procedit, si una negatio ad unum idemque verbum in eodem membro unius rei intuitu referatur. Goedd. *in comment. ad tit. ff. de v. s. ad l. cit.* 237.

§. 11. Ut itaque nunc a thesi ad hypothesin seu ad specialem obligationis, ex affirmatione quoad statum personarum resultantis, considerationem eo propius accedam, id sane in aprico est, obligationem ex affirmatione descendentem variis modis considerari posse. Vel enim 1. aliquod delictum in se continet, unde oritur falsum vel mendacium, et sic ad poenam vel ad interesse actione de dolo obligatur. *l.* 8. *pr. de dolo*, si modo alia actio deficiat, cum haec alias sit subsidiaria *l.* 1. §. 4. *eod.* insignis quippe doli species est, affirmare aliquid in alterius praejudicium, seu ejus decipiendi gratia, vel 2. in se continet praestationem aliquam personalem, veluti quod in contractu aliquid affirmatum sit, et sic ex contractu illo agendum est. *l* 9. *pr. eod. l.* 4. §. 4. *de aedil. edict. l.* 17. §. *fin. eod.* Vel 3. affirmatio facta est sine praevia interrogatione seu tractatu super negotio aliquo, sed affirmans sua sponte ad affirmandum processit; vel tandem de se vel de alio quid affirmatum est, et sic ex circumstantiis de obligationis qualitate judicandum; quod jam per specialiores conclusiones ex jure personarum illustrandum erit.

§. 12. In jure personarum autem status personarum et inde dependentia jura considerantur, et quamvis homines infinitis inter se possint variare statibus, vel etiam unus varios sustinere status, vid. dn. Hertius *disp. de uno hom. plur. sustin. pers.* potissimum tamen hic tres considerantur, libertatis nempe, civitatis et familiae, quia circa hunc statum triplicem olim jus commune fere universum variabat. Secundum statum libertatis itaque homines erant liberi aut servi, ubi non raro inter Romanos evenire poterat, ut qui revera servus esset, se liberum affirmaret, et alios ita induceret, et cum eo tamquam cum libero agerent. Famosum hujus rei exemplum occurrit *in l. Barbarius.* 3. *ff. de offic. praet.* de Barbario Philippo se liberum affirmante, et ita ad praeturam promoto, ubi variae quaestiones poterant moveri: an illa, quae tamquam praetor egerat, subsistant? an si vires non habeant, dominus inde obligetur ad damnum restituendum iis, quorum interest? etc. Prior quaestio est praejudicialis, hinc prius de ea videndum; decisio autem clara est in ipso *cit. l.* 3. quod nempe omnia acta subsistant; ratio dubitandi est, quod ipse revera praetor non fuerit, cum servi nullius dignitatis sint capaces, sed tamen inhumanum videbatur, rescindere acta ejus, qui semel publica auctoritate erat approbatus, licet errore communi pro habili habitus fuerit; accedebat et illa ratio, quod aequum potius esset, ut secure et valide quilibet civium cum eo agere posset, qui publica auctoritate constitutus est, in cujus habilitatem vel inhabilitatem inquirere civibus integrum haud fuit, alioquin nemo secure agere posset, quod utilitati publicae esset adversum, quod itaque gesta ejus valuerunt, id propter publicam auctoritatem factum est. Aliud itaque foret dicendum, si non esset publica auctoritas [illegible] sed se falso affirmasset praetorem, quia sic minime gesta ejus valerent, et ille tamquam falsarius puniendus esset. *l.* 27. §. *fin. ad l. Cornel. de fals.* Hinc posterior quaestio jam cessat, quia enim hi quorum interest damnum non patiuntur, nisi illo casu, quo publica auctoritate minime esset praetor constitutus, et tamen se pro libero et praetore gessit, quin ita ipse servus, tamquam ex delicto publico, publica coercendus esset poena, cessante actione noxali contra dominum, quae ex privatis demum oritur delictis *t. t. j. et ff. de noxal. act.*

§. 13. Eandem decisionem ad notarios solent applicare, qui se tales affirmant, ubi tamen iterum hi duo casus distinguendi veniunt, aliud enim est, an is, qui non est notarius, se tamen falso talem affirmavit, tunc ejus instrumentis fides haberi nequit, quia plane non fuit notarius, sed potius falsarius, adeoque ad poenam falsi obligatur. *l. cit.* 27. *ad leg. Corn. de fals.* Tiraquell. *tr. de ll. connub. gl.* 8. *n.* 151. Pacian. *de probat. lib.* 2. *c.* 21. Jason. *in cit. l. barbarius. n.* 41. Bertand. *lib.* 3. *cons.* 71. ut hinc merito deserendi sint, qui putant, sufficere, quod in quasi possessione notariatus talis falsarius constitutus, et pro notario communiter habitus fuerit, Lanfranc. *de Oriano in c. quoniam in verbo instrumentorum. n.* 15. Alciat. *conf.* 184. *n.* 9. quod quidem ad hoc sufficere potest, ut in dubio, si de falso aperte non constat, pro tali instrumento sit pronunciandum, quia in genere pro possessione vel quasi est praesumptio. Pacian. *cit. l. n.* 40. Hostiens. *in summa de fide instrum. n.* 3. Angel. *ad l. si quis patrem de scto macedon.* Verum si de falso satis constat, aliud itaque dicendum; neque obstat, quod pro habili habitus fuerit, et habilitas quoque in dubio praesumatur. Mascard. *de probat. conclus.* 848. *n.* 4. Nam ratio decidendi *in l.* 3. *de offic. praet.* non in eo subsistit, sed potius quod publica auctoritate servus praeturam acceperit. Alia utique quaestio, annon tunc gesta notarii valeant, si quis se affirmavit habilem ad notariatum consequendum, et ita legitime ab imperatore vel comite palatino creatus sit, ubi ratio decidendi, quae *in l. cit.* 3. eminet, hic quoque applicari potest. Brunnem. *ad h. l.* 3. *de offic. praet. n.* 3.

§. 14. Quod si jam de negotiis privatis quaestio moveatur, disquiri posset, an talia negotia cum servo se liberum affirmante, inita subsistant, et an dominus exinde obligetur? Sane si servus, qui se liberum dixit, testamento tamquam testis adhibitus, et ex errore communi pro libero habitus fuit, certum est ex §. 7. *Instit. de testam. ordin.* testamentum ex speciali aequitatis ratione subsistere; quod et applicare solent ad foeminas, quae se masculos mutato vestitu mentitae sunt, et sic sexum occultarunt. Verum an ad con-

tractus id applicari possit, dubito. Cum enim servus pro non ente habeatur, et nulla obligatio in personam servi cadere possit. *l.* 32. *de reg. jur. l.* 7. *ad l. Cornel. de fals.* et si stipulationibus adhibetur, tamen tantum ibidem ut instrumentum domini considerari debeat, adeoque non sibi, sed domino stipuletur *t. t. inst. et ff. de stip. servor.* hoc in casu autem nullo praecedente domini consensu contraxit, cum se liberum affirmavit, et sic in propriam utilitatem contrahere voluerit, non puto obligationes tales subsistere posse. [illegible] crimenque falsi revera concurrat, non dubium est, quin servus eo nomine debitis subjiciendus sit poenis, cum ex criminibus publicis servi ipsi ad poenam rapi possint. *l.* 12. §. *fin. de accusat. l.* 4. *in fin. cod. de noxal. act.*

§. 15. Equidem servi hujusmodi in nostris terris non dantur, et quamvis in propriis hominibus, in patria mea sat frequentibus simulacrum aliquod servitutis adhuc resideat, tamen si eosdem cum servis hisce romanis comparemus, magis pro liberis sunt judicandi; habent enim jus connubiorum *t. t. x. de conjug. servor.* jus contractuum et testamentorum. Dn. Praeses *in usu mod. ad tit. de statu homin.* §. 6. *seqq.* adeoque quamvis in eo falsum committant, si se liberos affirment, et se subducant dominis; tamen quatenus cum aliis agunt, sub hoc respectu, non adeo aliis praejudicare possunt, cum salvo statu proprietatis ita agere potuissent, nisi aliae concurrant circumstantiae. Sic quoad effectum matrimonii hic aliquod posset moveri dubium, utrum si proprius homo se liberum affirmavit, et sponsa bona fide hoc credidit, an ex post facto matrimonium rescindi possit? De sponsalibus hoc admittit Mev. *in tr. Von Abforder. der Bauersleut. c.* 2. *n.* 121. sed matrimonium rescindi non posse putat, quod de casu, quem praecipue supponit Mev. *cit. l.* admitti posset, quo potius sponsa ex errore credidit, eum esse liberum, hic autem talem se non simulavit; sed si praecise haec circumstantia adjiciatur, dolose se liberum affirmavit, ut eo facilius foeminam ad matrimonium ineundum induceret, aliud dicendum esse existimo. Neque enim ex sponsalibus dolo initis ulla potest nasci obligatio. Cypr. *de spons. c.* 13. §. 58. *n.* 2. Nicol. *de repud. l.* 1. *c.* 2. *n.* 92. *et n.* 159. Sanchez. *de matrim. l.* 1. *disp.* 64. *n.* 3. Dn. Praes. *de dissens. sponsal. sect.* 2. §. 13. quod ex infra dicendis plenius apparebit.

§. 16. Progredior ergo ad statum civitatis, uti hodie extra controversiam hoc quidem est, non tantam superesse differentiam civium et peregrinorum, quam quidem olim praesertim postquam in *auth. omnes peregrini, cod. commun. de succession.* peregrinis quoque jura connubiorum et succedendi indulta fuerint. Ex jure tamen retorsionis posse peregrinis aliquando jura succedendi denegari, constat. Cum enim rex Galliae ex notissimo Albinagii jure, Germanorum aliorumque alibi natorum, et in Gallia decedentium haereditatem sibi vindicet, imo et exteros a successione civium Gallorum excludat. Renat. Choppin. *de doman. regn. franc. l.* 1. *tit.* 11. *n.* 3. Feltman *de cadav. inspiciend. c.* 15. *n.* 3. *seq.* Bacq. *tr. du Droit d'aubaine p.* 1. *c.* 2. *seqq.* nihil obstabit, quo minus idem jus quoque contra Gallos in Germania decedentes statui debeat. Quodsi ergo ponamus casum, Gallum pro obtinenda in Germania haereditate, se Germanum affirmare, non tantum tamquam impostor et falsarius puniri, sed etiam haereditas eidem tamquam ab eo qui m. f. pro possessore possidet, cum habeat titulum jure reprobatum, a fisco vindicari, cum omnibus fructibus tam perceptis quam percipiendis, potest. *l.* 20. §. 6. *de petit. haered. l.* 13. *pr.* §. *l.* 11. *l.* 17. *cod.*

§. 17. Caeterum cum et adhuc civibus cujusdam loci specialia quaedam jura competant, quae forensibus denegantur, facilius in iis contingere potest, ut dolosa sua affirmatione quis jus aliquod consequatur, quod ei alias non competit. Nemo enim gaudere potest privilegiis, nisi sit in numero civium descriptus. Eoenckel. *de privileg. l.* 1. *c.* 5. *n.* 4. sic *in l. un. cod. non licere habit. metrocom. loca sua ad extr. transf.* Jus retractus territoriale fundatur, quod alicubi solis civibus, alicui in genere inhabitantibus competit. Quodsi itaque hoc jus solis civibus esset indultum, et sub hoc praetextu, quod se civem dixerit, aliquis obtinuisset prae extraneo praelationem, sine dubio contractus esset ipso jure nullus. Brunnem. *ad cit. l. cod. n.* 2. et si vel maxime per sententiam judicis fundus ex retractu ei esset adjudicatus, tamen nec hanc sententiam eidem posse adjumentum praebere crederem, cum sententia ob falsam causam lata retractanda sit *l. Divus Hadrianus* 33. *ff. de re judic. t.* 1. *cod. si ex fals. instrument.* An autem propterea ab officiis publicis quis removendus sit, ad quae ex loci statutis non alii admitti possint, quam cives, et tamen admotus se civem dixerit, alia quaestio est. Quod tamen quidem negari nequit, si dolose se ita ingessit officio, cum dolus nemini patrocinari debeat *l.* 12. *ff. de dol.* et sicuti is, qui illicitis mediis involavit munus publicum, dejiciendus est. *l. sancimus.* 6. *cod. ad l. jul. repet. l. contra* 14. *c. de re milit.* Perez. *in c. ad l. jul. ambit.* Carol. Maranta *p.* 2. *cons.* 2. *n.* 42. Myler. ab Ehrenbach: *hyparch. c.* 7. ita quoque idem dicendum est de eo qui se dolose indigenam vel civem affirmavit, quia hoc publico mendacio sibi viam fecit ad officium publicum, ad quod alias ex statuti dispositione pervenire non poterat, quemadmodum plerisque gentibus persuasum, civium in mandandis muneribus potiorem esse habendam rationem, quam extraneorum, Bodin. *de republ. lib.* 6. *c.* 5. Dou. Gars. de Mastril. *de magist. l.* 2. *c.* 7. Crespi de Valdaura *obs. decis.* 6. *per tot.* quoniam cives magis patriae utilitatem promoturi praesumuntur, quam extranei, Myler. ab Ehrenbach. *cit. l.* §. 6. Hinc in variis regnis lege publica hoc provisum, prout de regno Castiliae testatur Johan. Bapt. de Larrea *alleg. fig.* 94. *n.* 78. quod et in regno Neapolitano speciali privilegio cautum. Matth. de Afflict. *in constit. rer. l.* 1. *rubr.* 45. *n.* 56. Immo etiam in ducatu Cliviae, comitatu ravenspergensi et aliis locis, alia regna ut jam taceam. Idem quoque dicendum de muneribus ecclesiasticis impetrandis, quae saepe tantum civibus vel indigenis conferuntur, uti ostendunt Nicol. Gars. *de benefic. p.* 7. *c.* 5. *n.* 2. *seqq.* Salzedo *pro jure canon. c.* 54. *n.* 2. idque in Silesia satis certum est, ubi ad dignitatem episcopalem vratislaviensis episcopatus adspirare extraneus nequit. Jacob. Schicktus *in Chron. Siles. lib.* 3. *c.* 6.

§. 18. Sed si dolum abfuisse ponamus, quod forsan juste existimaverit, patrem hujus loci fuisse civem, et ita quoque se civem affirmavit, cum jus civitatis

in liberos devolvatur, *l.* 1. §. 2. *ff. et l.* 3. *cod. ad municip. de incol.* mitius cum tali ad officia publica promoto agendum esse, existimarem, ob bonam fidem, in qua admotus constitutus fuit, modo de caetero habilis reperiatur. Nam etiam hoc in casu aliquando extranei admitti possunt, nempe in subsidium, si idonei cives vel indigenae non inveniantur *l. ut gradatim* 11. §. 2. *ff. de muner. et honor. cap.* 41. *x. de elect.* Gratian. *descept. forens. c.* 26. *n.* 13. Cresp. de Valdaura *decis.* 6. *n.* 34. *et* 151. Quidni ergo hic ex communi errore pro habili judicandus esset; quem bona fides excusat, nisi aliud specialiter statutis vel legibus provincialibus cautum esset.

§. 19. E contra quoque in casu inverso contingere potest, ut plane indigenae inhabiles lege publica judicentur, ad munera publica obeunda, ubi eadem decisio obtinebit, si quis se alienigenam affirmaverit, cujus rei exemplum occurrit *in l. si eadem* 3. *ff. de offic. assess. et l.* 4. *cod. de crim. sacrileg.* Quia gravior poena constituta est in eos, qui sub hoc praetextu, quod se alienigenas dixerint, admoti sunt ad officia publica, uti constitutum est *in l. consiliariis* 10. *cod. de assessore domest.* ubi imper. ita: *in consiliariis observari censemus, ut in eum, qui in sua provincia ultra quatuor menses moderatoribus adsederit adversus leges antiquas et divorum retro principum scita, proscriptio bonorum, et accusatio publici criminis immineat.* Conf. *tit. eod. ut nulli patriae suae administratio sine spec. princ. permiss. permittatur.* Hoc sicuti ex speciali ratione status publici Romani introductum, ne in tam vasto imperii corpore, cives reipublicae administrationem habentes, quid contra rempublicam vel imperium Romanorum machinentur, ita eo fortius cavendum fuit.

§. 20. Pedem nunc promoveo ad statum familiae, ubi sine dubio foecundior messis conclusionum huc spectantium deprehendetur. In hoc statu sunt personae vel sui juris, ut patresfamilias, vel alienae potestati subjectae, ut filiifamilias, ubi hoc indubitati juris est, illum pro filio legitimo esse habendum, qui ex justis nuptiis procreatus est. *l.* 6. *ff. de his qui sui vel. al. jur. sunt*, caeterum videndum an et quatenus filio nato praejudicare possit affirmatio matris, quod partus nempe sit adulterinus? Hanc eidem non praejudicare posse, decisum est *in l.* 29. *ff. de probat.* ob rationem satis praegnantem, quod mater hoc modo propriam alleget turpitudinem, ergo ei haud credendum in praejudicium tertii, *l. mercalem* 5. *cod. de condict. ob turp. caus.* Quin etsi mater vel maxime de adulterio convicta fuerit, et in tortura forsan affirmaverit, filium esse ex adultero, tamen, nisi aliae subsint circumstantiae, pro partus legitimitate est praesumendum. Brunnem. *ad cit. l.* 29. *de prob.* Covarruv. *de matrim. p.* 2. *c.* 8. §. 3. *n.* 8. Imo hoc adeo verum est, ut si etiam mater in ultimo mortis articulo affirmaret, partum esse adulterinum seu illegitimum, tamen hanc allegationem propriae turpitudinis eidem minime praejudicare posse dicendum, ob eamdem supra dictam rationem, quod per allegationem propriae turpitudinis sibi ipsimet quidem, non vero aliis praejudicare possit. Excell. dn. Joh. Sam. Stryck. *disp. de allegat. propr. turpitud.*

§. 21. Caeterum et affirmatio patris, aliquem esse filium suum, singularem in jure effectum producit. Quod si enim de filiatione forsan dubium et controversia moveatur, matrimonio forsan in locis peregrinis contracto, ita ut filio non adeo constet, unde probationem matrimonii desumere debeat, utile eidem esse potest, si quasi possessionem filiationis docere valeat. Haec vero inter alia etiam inde deducitur, si pater illum saepe filium nominaverit, et ita quoque a vicinis pro filio habitus fuit. Mascard. *de probat. conclus.* 789. *l.* 2. Alex. *vol.* 1. *cons.* 51. *n.* 2. Pacian. *de prob lib.* 2. *c.* 6. *n.* 29. quae quasi possessio filiationis, ex affirmatione patris orta, hunc effectum habebit, ut interim pro filio habendus sit, et aliis quoque fructibus suae quasi possessionis gaudere debeat, non solum patre vivente, sed etiam mortuo, Pacian. *cit. l. n.* 30. et consequenter simul quoque illud obtinebit, ut onus probandi in adversarium devolvatur, licet ex hoc solo filius non fiat. Menoch. *l.* 6. *praesumpt.* 53. Vultejus *cons. Marpurg. vol.* 1. *cons.* 13. *n.* 63. Paul. Rubei. *decis. Rot. Rom.* 330. Contendit tamen Natta *in cons.* 473. *vol.* 2. *n.* 24. utriusque parentis affirmationem aut nominationem probari debere, nec unius sufficere, nisi in praejudicium nominantis; de quo dubito, cum hic tantum de quasi possessione filiationis, non de ejus plena probatione sermo fit, nisi forsan contradictio alterutrius satis doceri possit.

§. 22. Sic etiam extra matrimonium affirmatio de concubitu cum aliqua commisso, post se trahit obligationem alendi partum seu spurium. Licet enim vel maxime talis se patrem esse neget, tamen eo ipso, quo affirmat se cum ea concubuisse, interim ad alimenta partui praestanda obstringitur, donec causa principalis fuit decisa, Gail. 2. *c.* 97. *n.* 11. Mascard. *de probat. vol.* 2. *concl.* 788. *n.* 25. *seqq.* Christinaeus *ad constit. mechlin. tit.* 18. *art.* 4. *n.* 7. nam ex concubitu contra eum est praesumptio, quae facit, ut tamdiu pro patre habeatur, donec contrarium ostenderit. Carpz. *pr. crim. qu.* 68. *n.* 116. Dn. Praeses *in notis ad* Brunn. *jus ecclesiast. lib.* 2. *c.* 18. *n.* 28. *verb. stuprator autem*, et haec obligatio ad alimenta praestanda tanta est, etiamsi vel maxime stuprata bona habeat. Carpz. *jurispr. consist. lib.* 2. *def.* 243. *n.* 11.

§. 23. Gravior inspectio est, an filii stuprantis affirmatio de concubitu cum stuprata puella commisso possit praejudicari ejus patri, ita ut si forte filius non habeat bona propria, uti plerumque in juvene stupratore evenit, pater ejus interim teneatur ad alimenta partui praestanda? Ratio dubitandi esse poterat, quod sua affirmatione nemo alterum gravare possit; ne facto alieno quis oneretur *arg. l.* 27. *pr. in fin. ff. de procurat.* aut alterius odio praegravetur. *cap.* 22. *de r. j. in* 6to. *l.* 21. *de his qui notant. infam. l.* 9. *ff. de fidejussor.* Verum cum haec affirmatio ingentem inducat praesumptionem, quod stuprator affirmans infantis pater sit, et interim de alimentis partui prospiciendum, haec affirmatio id operabitur, ut stupratoris pater hactenus pro avo haberi debeat. Quod si hoc, jam quoque per consequentiam adest obligatio ad alendum, Carpzov. *jurispr. consist. lib.* 2. *def.* 243. Hinc processo matrimoniali contra filium instituto, interim avus ad alimenta condemnatur. Dn. Praes. *cit. l.* ad Brunn. *verb. in hujus bona immittenda.* Imo licet avus maternus concurrat, non tamen eo ipso avus paternus liberatur, ad hunc enim, non ad illum onus alendi

spectat, Carpz. *cit. l. n.* 11. Nec obstat, quod facto alieno quis non debeat praegravari, cum satis constet, per indirectum aliquando hoc admitti, praecipue si aequitas naturalis concurrat.

§. 24. Alia quaestio est, an sola affirmatio patris possit filium facere legitimum, qui spurius est? Si enim ex sola affirmatione ne quidem pro filio habetur, sed tantum hactenus in sola quasi possessione constituendus, multo minus patris affirmatio filium revera spurium legitimare poterit; hinc eleganter dicitur *in l. 5. cod. de testam neque professio, neque asseveratio, nuncupantium filiorum, qui non sunt, veritati praejudicat.* Est enim tantum privata et domestica quaedam annotatio, quae aliis destituta adminiculis proficit *l. 5. cod. de probat.* Hinc nominatio filiorum non est species legitimationis, sed tantum aliqua potest esse declaratio, quod matrem pro legitima uxore habuerit, Brunn. *cent. 3. dec. 58.* Hilliger. *ad Donellum lib. 2. c. 21. lit. s.* Illud tamen permissum est, ut pater possit filios illegitimos nominare legitimos in testamento; accedente enim postea confirmatione principis, liberi hi sunt legitimi, ita ut etiamsi post mortem confirmatio principis accedat, his tamen liberis debeatur successio *nov. 74. c. 2. §. 1.* Imo et affirmatio patris filium esse legitimum, quamdam praesumptionem operatur. Stephan. *ad cit. nov. n. 10. 11.*

§. 25. Caeterum ex jure romano etiam ex tacita affirmatione poterat obligatio alendi deduci, quae post divortium maxime se exserebat. Quando enim mulier se praegnantem esse credebat, tunc intra 30. dies post divortium connumerandos marito denunciare debebat, se ex eo praegnantem esse; ubi maritus aut contra denunciare, et quondam uxori contradicere debebat, aut ex suo silentio se obligabat ad alimentorum praestationem; dum enim non contra denunciabat, videbatur tacite affirmare uxoris denunciantis affirmationem *l. 1. §. 1. seqq. ff. de agnosc. et alend. liber.* Multum enim facit pro legitimitate confessio patris vel expressa vel tacita *l. 1. §. 12. eod.* Sed cum haec ad mores nostros parum quidem congruant, ideo illa solummodo tetigisse suffecerit.

§. 26. Illa utilior est consideratio, quando post mortem mariti se vidua praegnantem affirmat; nam aut de eo satis constat, aut non: priori casu res clara est, et eidem competit bonorum possessio ventris nomine, *l. 1. §. 17. 27. ff. de ventre in possess. mittend.* modo is, qui in ventre, talis sit, qui si natus esset, inter defuncti suos haeredes connumeraretur, *l. 1. §. 2, §. 11. et 13. eod.* hoc est, ut indubitatum jus succedendi habeat; nam ubicumque ab intestato admittitur quis, illic et venter admittendus, *l. 7. pr. ff. eod.* Posteriori vero casu sola affirmatio mulieris non sufficit, si se praegnantem et gravidam dicat, sed causa summariter cognoscenda, ubi ipsa foemina obstetricibus committitur, quae eamdem inspiciant, de quo examine agitur *in l. 1. §. 10. ff. de ventr. inspiciend.* Quodsi vero mulieri quae se praegnantem esse affirmavit, ex post facto gravida non reperiatur, videndum est, utrum per calumniam hoc dixerit, an bona fide justo errore ducta. Priori casu si dolose impetraverit possessionem, illa restituenda est cum omni utilitate *l. 1. §. fin. ff. de ventr. in possess. mittend.* imo illis, quorum interest, insuper ad interesse tenetur, *l. unic. §. 4. ff. si mulier ventr. nom.* et praeterea infamia notatur *l. 13. et 19. ff. de his, qui notant. infam:* quod si patris dolus concurrat, hic suo nomine tenetur. *l. un. in fin. ff. si mulier ventr. nom.* Posteriori vero casu cum bona fide se praegnantem affirmavit, non tenetur eo nomine, adeo ut alimenta pro hoc tempus, dum in bona fide fuit percepta non teneatur restituere. *l. 5. § 3. de Carbon. edict. l. 1. §. 3. ff. de ventre in possess. mittend.* cum ex justissimo titulo illa perceperit. Excludit vero praesumptionem calumniae, si deferente haerede mulier mediante juramento se praegnantem affirmavit. *l. un. pr. si mulier. ventr. nom. l. 3. § 3. de jurejur.* Conf. pluribus excellent. dn. Pachenstecheri *visiones de ventre p. 3. in fin.*

§. 27. Quando nunc circa hunc statum familiae, de negotiis a filiofamilias celebratis quaestio oritur, hoc quidem certum est, eumdem cum aliis quosvis contractus valide inire posse, et ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligari, *l. 39. ff. de obl. et act. l. 57. de judic. l. 44. de peccat.* licet, quando bona non habet, executio post mortem patris differri debeat. Zanger *de exception. p. 3. c. 11.* Verum in mutuo diversa est ratio, quia ex hoc non obligatur, ob etum macedonianum, *l. 11. ff. ad sctum macedon.* quamvis naturalis obligatio adsit *l. 10. ff. eod.* Sed tamen etiam hic affirmatio suos peculiares effectus prodit, veluti si filiusfamilias se patremfamilias esse affirmavit, qua de re clara dispositio occurrit *in l. 1. cod. ad sctum macedon.* his notabilibus verbis, *si filiusfamilias cum in potestate patris esset, mutuam a te pecuniam accepit, cum se patremfamilias diceret, ejus affirmationi credidisse te justa ratione docere potes, exceptio ei denegabitur.* Effectus igitur hujus affirmationis est, quod filiusfamilias inde valide obligetur, excu sa exceptione sc. macedoniani. Requiritur tamen hic ante omnia, *ut justa ratione affirmationi filiifamilias crediderit,* quae inde colligitur, quod creditor non vana simplicitate deceptus, nec juris ignorantia, sed quia publice paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sicque muneribus fungebatur *l. 3. pr. ff. de scto maced.* Quod si itaque simplici ejus affirmationi credidit, merito sibi hoc imputare debet, quod adeo credulus fuit et simplicitate sua deceptus sit. *l. 7. §. 7. ff. eod.* neque enim debuit affirmanti statim fidem habere, sed potius accurate in conditionem ejus quocum contrahere voluit, inquirere. Donell. *lib. 12. c. 26.* Dn. de Jena *de scto macedon. sect. 3. §. 4.* cum et credulitas levi culpae in jure saepius annumeretur *l. 1. §. 2. ff. de eo per quem fact. erit, quo min.* Mev. *p. 9. dec. 150.* Conf. *c. 77. c. 11. qu. 3.* quae inprimis ibi nocet, ubi quaedam curiositas in creditore alias requirebatur. *l. 3. §. 9. ff. de in rem vers. l. 3. §. 1. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt.* Quae itaque creditori hic veniunt probanda, distincte tradit Petrus Gilcken. *in comment. ad l. 1. cod. de scto maced. n. 2.* scil. (1) filiumfamilias se patremfamilias asseruisse (2) creditorem ipsius affirmationi fidem habuisse (3), in creditore justam causam, ut alterius affirmationi crederet adfuisse. An autem sufficiat, si filiusfamilias ignotus et extraneus fuerit, et patrem suum mortuum esse affirmet? Id quidem Cynus, Angelus, Castrensis et Donell. *ad cit. l. 1.* arbitrantur, refutati tamen a Gilckenio *ad dict. l. n. 4.* ex ea ratione, quod hic textus praeter affirmationem justam rationem desideret. Verum defendi potest contraria sententia, ex

eo, quod satis justam rationem fidem habendi alteriu; affirmationi creditor habere videatur, dum non alia ratione conditionem ejus explorare potest, et praeterea concurrit mendacium filii, quod ipsi prodesse non debet, prout ipse Gilcken *cit. l. n.* 1. fatetur. Quod si vero creditor satis scivit, debitorem esse filium familias, licet hic juramento contrarium asseruisset, se nempe esse patrem familias, hoc tamen creditor pro fundamento suae intentionis allegare nequit, quia sciens minime decipitur. Brunnem. *ad l.* 1. *cod. cit. in fin.*

§. 28. Ob eamdem rationem quoque minores, qui sui juris sunt, beneficiis alias competentibus privantur et efficaciter obligantur, si se majores affirmaverint. *t. t. cod. si minor se majorem dixerit.* Merito tamen etiam hic distinguendum, quo animo haec affirmatio facta sit, an nempe bona fide et ex errore, an vero dolose? si prius; veluti si minor tabulis professionum, si testimonio nativitatis deceptus, se majorem dixit, et ita contraxit, non privandus beneficio restitutionis, cum non animo fallendi vel decipiendi hoc affirmavit *l.* 1. *cod. eod.* et omnis confessio erronea, comperto errore, revocari potest. Menoch. *lib.* 2. *praes.* 51. *n.* 41. Si posterius, sine dubio aliud dicendum, quia beneficium restitutionis deceptis non decipientibus est indultum, *l.* 1. *l.* 23. *ad sctum vellejan. l. auxilium* 37. *ff. de minor.* quia insuper malitia hic aetatem supplet, ut dicitur *in l.* 3. *cod. si minor. se major. dix.* neque enim ex suo delicto meliorem suam conditionem facere quis debet, ne doli sui praemium consequatur *l.* 31. *ff. de arbitr.* Cacheran. *decis.* 50. *n.* 36. Hippol. Riminald. *cons.* 243. *n.* 22. Sed tamen hic etiam nonnimis credulitati creditoris indulgendum, veluti si creditor facile ex aspectu potuisset judicare, eumdem adhuc esse minorem, hic enim creditor sibi imputet. Brunnem. *ad l.* 2. *tit. cit. n.* 4. *et* 5. ut adeoque vix hinc concipi possit, quomodo hoc ad pupillum doli capacem et se majorem dolose affirmantem applicari possit, licet hoc velit Gail. *observ.* 65. *n.* 1. Multo magis creditor non excusabitur, si ejusdem dolus quoque concurrat, quia sic dolus cum dolo compensatur. *l.* 3. *cod. eod.* Sfort. Oddo *de restitut. qu.* 24. *art.* 7.

§. 29. Sed quid si major produxerit instrumentum in quo per sacramenti religionem majorem se esse affirmavit, an adhuc beneficio restitutionis uti potest? Excludendum eum esse, decisum est *in l. si alterius* 3. *cod. si minor. major. se dixit*, hac tamen sub limitatione, si palam et evidenter ex instrumentorum productione, non per testium depositiones probaverit, se fuisse minorem. Atqui tamen ita creditor habuit justam credendi causam, et minor interim in dolo fuit, dum hoc instrumentum produxit, cur itaque hic probatio contraria admittitur? scilicet supponendum esse minorem ipsum juste credidisse, et ita quoque in instrumento jurato affirmasse, se esse majorennem, quo casu facilius error ei condonari debet; alioquin enim non potuisset contra juratam assertionem restitui. Quod tamen praeterea excipitur, ne ei succurratur ullo modo, si per juramentum corporale hoc affirmasset. *eod. l.* 3. *in fin.* unde apparet, majorem efficaciam juramento corporaliter praestito in jure tribui, quam simplici juratae affirmationi in instrumento factae. vid. Donell. *lib.* 21. *c.* 10. ibique Hillig. *lib. H.* Quod si tamen creditoris calliditate inductus fuerit, ut se majorem esse jurato affirmasset, adhuc audiendus est; cum enim dolo inductus sit ad credendum, se esse majorem, eadem fere facilitate ad juramentum super hoc praestandum quoque prosiliit. Conf. Brunn. *ad saepius cit. l.* 3. *n.* 8.

§. 30. Sicuti itaque minor vel filius familias beneficiis suis privantur, si se ipsos sui juris vel majorennes dolose mentiantur, ita e contrario iis privari nequeunt, quando his ignorantibus et non colludentibus, alius eosdem sui juris vel majorennes esse affirmaverit. Quod si enim minores vel filii familias collusissent, idem esset, ac si ipsi auctores affirmationis fuissent. Extra vero hunc casum, dolus tertii interveniens, ipsis minime praejudicare debet. *l. et eleganter* 7. *pr. ff. de dol.* quia aequitas maxime suadet, ut suus cuique dolus, non vero alteri nocest. Ummius *in process. disp.* 8. *n.* 32. Cardin. Tusch. *pract. conclus. tom.* 2. *lit. d. concl.* 582. Hic tamen qui ex affirmatione dolosa tertii laesus est, eo ipso quod vel minor restitutionem impetret, vel filius familias actum macedonianum objicist, adversus tertium habet actionem de dolo, ad id consequendum, in quantum laesus est. Quod aliis similibus casibus illustratur, *in l.* 8. *et* 9. *pr. ff. de dol. quod si enim* ait Jctus *in cit. l. n.* 8. *cum scires* (debitorem) *facultatibus labi, tui lucri causa affirmasti mihi, idoneum esse: merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo judicium dandum est.* Conf. *l.* 7. *cod. eod.* Et hoc intuitu consilia dolosa quoque obligant consulentem, licet alias consilia haud fraudulenta non sint obligatoria *l.* 2. *in fin. ff. mandat.*

§. 31. Sequemur vero nunc ulterius ductum imperatoris quoad statum familiae, et patriae potestatis causas constituentes breviter percurramus. Constituitur videlicet patria potestas vel nuptiis justis, vel legitimatione, vel adoptione. Circa nuptias plurima momenta ex affirmationis obligatione decidenda veniunt. Notum vero est, quod ad eas aeque ac ad sponsalia, imo adhuc magis, consensus requiratur, seu voce expressa declaratus, seu per signa quaedam expressus *cap.* 5. *in fin. x. de sponsal.* modo si certus, verus et liber *c.* 14. *x. eod.* Olim sane promissio haec solemni affirmatione absolvebatur; eam ostendit Gell. *in n. a. lib.* 4. *c.* 4. nec nostris moribus infrequens est, solemnem aliquam affirmationem requirere, quamvis haec non sit necessitatis, publica tamen sponsalia eo magis firmat, inde solet vocari repromissio, *das Jawort*, quam praecedit mentio, *die Anwerbung*, et hoc sensu dicuntur sponsalia *mentio et repromissio futurarum nuptiarum l.* 1. *de sponsal. c.* 3. *c.* 30. *qu.* 5. Antequam vero haec affirmatio a parte sponsae accedat, sunt et dicuntor tractatus sponsalitii, qui nullam obligationem inducunt, antequam affirmatio accedat, *Ehewerbung macht keine Verbindlichkeit.* Jo. Köppen. *dec.* 1. *enucl.* 4. *n.* 44. Dn. Praeses *de dissens. sponsal. sect.* 1. §. 26.

§. 32. Ut vero ex hac affirmatione sponsae obligatio oriatur, requiritur (1) *ut sit clara.* Unde quaestio oritur, an illa inducatur acceptatione annuli, quam alter desponsandi animo dedit, eumdem tamen non expressit? Quod affirmandum videbatur ex eo, cum perinde sit, sive verbis sive factis consensus indicetur in sponsalibus *cap.* 25. *x. de sponsal.* et praeterea annulus commune medium declarandi consensum sponsalitium

esse soleat. Juxta vulgatum, *ist der Finger beringet, so ist die Jungfrau bedinget.* Besold. *thesaur. pract. voc. Haffigeld.* Lauterbach. *disp. de arrha* §. 95. Verum cum alias certum sit, propositum in mente retentum nihil operari *l.* 7. *cod. de condict. ob caus. dator.* nec omnis donatio mox sit arrha, Sanchez. *de matrim. lib.* 1. *disp.* 35. *n.* 1. *in fin.* adeoque ob alium finem accipi poterit; inde recte concluditur, ex annuli acceptatione non semper sponsalia induci. Alexand. Paudens. *in decis. mediolan. de orat. univ. et aquiv. c.* 30. Sanchez. *cit. l. disp.* 22. *n.* 1. Nisi forsan (1) contractus sponsalitii praecesserint, et tunc annuli acceptatio subsecuta fuerit. Mev. *p.* 8. *dec.* 39. *n.* 1. Lauterbach. *alleg. disp. de arrha.* §. 83. *seqq.* vel (2) consuetudine invaluerit, annulum certa forma insiguitum et foeminae traditum, infallibile consensus sponsalitii esse argumentum. Dn. Hert. *in paroem. jur. paroem.* 65.

§. 33. Requiritur (2) *ut de hac affirmatione constet,* hinc, ne controversiae desuper oriantur, publica requiruntur sponsalia. Quid itaque juris si partes sponsalia clandestina contraxerint, postea tamen affirment, se sponsalia contraxisse, annon haec postea subsecuta affirmatio faciet ex postfacto sponsalia publica? Id quidem aegre admittit Carpzovius *jurispr. eccles. lib.* 2. *def.* 35. nisi vel in praesentia testium, vel in consistorio denuo fuerint contracta, imo nec affirmationem in consistorio factam sufficere arbitratur, idem. *lib* 5. *resp.* 109. *n.* 18. Quemadmodum vero haec sententia in Saxonia satis introducta videtur, ita universalis non est, nam quod sponsalia clandestina vitiosa censentur id tantum defectui testium adscribendum est, quod si itaque ex utriusque partis affirmatione et confessione de his constet, supervacuum esset, testes adhuc requirere; praesertim cum ita satis de consensu utriusque certum sit consistorium. Heig. *quaest. illustr. p.* 1. *qu.* 21. *n.* 32. Dn. Praeses *ad jus eccles.* Brunnem. *l.* 2. *c.* 16. §. 12. *verb. de his constet.*

§. 34. Ulterius (3) requiritur, *ut affirmatio sit sincera et perspicua.* Hoc intuitu quaeritur, an affirmatio sponsae, *ist es auch Fragens werth?* pro affirmatione obligante et sincera haberi possit? Quod absolute negat Carpz. *p.* 4. *const.* 20. *def.* 9. cum de mente et consensu puellae non satis constet, quia haec verba sunt dubia et obscura, ut in sinistram quoque partem, ut negativa accipi possint, non praecise vero affirmativa, obscure autem respondere et nihil respondere pro uno eodemque in jure habentur. *l.* 11. §. 7. *ff. de interrog. in jur. faciend. c.* 7. *d.* 33. Card. Tusch. *pract. concl. tom.* 5. *lit. o. concl.* 53. Esbach. in Carpz. *cit. l.* Sed merito hoc restringendum esse existimat dn. Praes. *ad jus eccles.* Brunn. *c.* 1. §. 3. *verb. consensus autem requiritur* ad casum, si puella parentibus orbata fuerit, sic enim clarius affirmare debuisset. Aliud est, si pater adsit et consentiat, item si alii tractatus sponsalitii jam praecesserint, sic enim illa verba pro matrimonio interpretanda.

§. 35. Solus autem consensus non sufficit, sed praeterea etiam inter contrahentes sponsalia nullum adesse debet vinculum consanguinitatis et affinitatis. Cum vero de hoc non semper satis constet, hinc quaestio enata est, an ad unius affirmationem, inter desponsatos adesse vinculum impediens matrimonium, sponsalia rescindi debeant? Id quod vel inde dubium, quod unius testis dictum vel affirmatio haud probet *c.* 23. *x. de testib. l.* 9. *cod. de testib.* quod et jure divino cautum. *num.* 35. 30. *Deut.* 16. 6. 19. 15. *Matth.* 18. 16. 2. *Cor.* 13. 1. Imo cum hic agatur de dissolvendis sponsalibus, majus concurrit praejudicium, et sic unius affirmatio non videtur sufficere *c. consanguineos c.* 35. *qu.* 6. *c.* 6. *qui matrim. accus.* Sed tamen contrarium deciditur *in c. praeterea x. de sponsal.* adeo ut privatim facta affirmatio sufficiat, si forsan affirmans illud publice allegare ex justa causa recuset, nisi sponsalia fuerint jurata. Rationem quaerunt canones in favore animae, cujus periculum hic vertitur, ut ita in dubio evitetur peccatum. Gonzalez. *ad cit. c.* 12. *n.* 5. Dn. Horn. *de probat. plen. per un. testem. c.* 3. *n.* 1.

§. 36. Nihil vero frequentius, quam quod in communi vita ad alterius persuasiones sponsalia iniri soleant. Hinc proxenetae plerumq; plurima in laudem sponsae vel sponsi solent in medium afferre, quae qualitates tamen raro verae deprehenduntur. Quaeritur itaque, an sponsalia inde possint annullari, quod ex post facto animadvertat sponsus, deficere in sponsa illas qualitates, quas antea testis de ista affirmaverat? Et si non, qua actione et ad quid hic conveniendus? Primo autem hic excludimus collusionem ipsius puellae, quando enim ejus consilio et suasu laudationes falsae essent adhibitae, nemo forsan dubitabit, propter dolum adhibitum sponsalia non subsistere, supponendus ergo erit casus, ubi sponsa in bona fide, et affirmationis, quam tertius de ea fecit, nescia. Equidem Sanchez *de matrim. l.* 1. *disp.* 64. *n.* 5. irritari posse talia sponsalia existimat, quasi sponsus erraverit, error vero excludat consensum *l.* 15. *ff. de jurisdict.* deinde evidentissimus dolus huic negotio causam dedit, adeoque eo magis succurrendum videbatur sponso. Verum sicuti id facile concedi potest, si error, alias noxius sponsalibus, concurrat v. g. si forsan testis sponsam, quam ante stupraverat, ideo laudavit, ut, ab alia duceretur, et sic stuprum occultum maneret, quia error circa virginitatem vitiat sponsalia. Carpz. *jurispr. eccles. l.* 2. *def.* 193. *n.* 6. *seqq.* ita si circa alias qualitates ordinarie non subintellectas concurrat, id negandum esse duco. Quid enim si testis affirmaverit, eamdem esse divitem, quae tamen egena est. Certe error circa divitias sponsalibus non obest. Struv. *ex.* 29. §. 25. *in fin.* nisi per modum conditionis fuerit haec qualitas adjecta. Joh. Koeppen. *obs. pr. ad j.* 50. *n.* 9. Hahn. ad Wes *tit. de ritu. nupt. n.* 8. Neque excusabit sponsum, quod asserat, se intuitu divitiarum sponsalia cum hac puella contraxisse, nam sic nihilominus ipsi obstabit regula vulgata, quod propositum in mente retentum nihil operetur. *l.* 7. *cod. de cond. ob caus. dator.* Non tamen dolus alterius seu tertii potest alteri fraudi esse *l.* 4. §. 31. *de except. dol. mal.* nec exceptio, quae ex delicto alterius oritur, alteri opponi aut nocere debet. *l.* 4. §. 27. *eod.* sed toties demum sponsalia sunt irrita, quoties dolus ab injuria alterius ex desponsatis procedit, Zoes. *ad tit. de dol. n.* 11. Cels. Bargal. *de dolo lib.* 2. *disc.* 6. *n.* 4. quodsi autem allegare possit damnum, in quo laesus sit propter alterius affirmationem, sine dubio contra tertium affirmantem de dolo agendum esset. *l.* 8. 9. *pr. ff. de dol.*

§. 37. Majoris certe momenti quaestio est, utrum si tertius affirmaverit puellam esse moratam et pro-

bam, qualis tamen in effectu minime est, sponsalia postea rescindi possint? ubi quaestio praejudicialis est, an error circa mores sponsae sponsalia vitiet? quod licet Muller. ad Struv. *cit. l.* negare videatur, quorsum etiam facit Haveman. *de jur. connub. l.* 1. *t.* 4. §. 6. tamen probabilior est sententia contraria, quam etiam defendit dn. Praeses *tr. de dissens. spons. sect.* 2. §. 31. Agitur enim hic de tali societate, quae individuam vitae consuetudinem continet, qualis miserrima esset futura, si quis cum improba et male morata foemina in eodem thoro vivere deberet, unde re adhuc integra omnino permittendum erit repudium. Hic ergo sponsalia erunt irrita, non ob dolosam affirmationem alterius, sed ob errorem circa qualitatem necessariam et subintellectam.

§. 38. Caeterum si pater ipse, qui despondit filiam suam tertio, eumdem per dolosas suas affirmationes et laudationes induxisset ad contrahenda cum filia sponsalia, major certe ratio dubitandi oritur, annon haec quoque filiae obesse possit, etiamsi ista in bona fide sit? Quod facilius vel exinde defendi posse existimaverim, quod patris potissimum sint partes circa desponsationem filiae suae, *l.* 10. *l.* 12. *ff. de sponsal. l.* 4. *cod. eod.* et cum ita communiter cum patre antea desuper pactiones fieri soleant, cum ejus consensus primario requiratur, merito quoque pater illud praestare debet, quod de filia affirmavit, alioquin sponsalia non erunt rata. Neque obstat, fraudem patris non posse filiae praejudicare, nam sicuti aliquando alter quoque ex unius fraude praejudicium capere potest. *l.* 4. §. 29. *ff. de except. dol. mal.* ita hoc in praesenti negotio eo magis videtur admittendum, quia qui sponsalia celebrat, cum utraque persona et sponsa et patre hujusdem pacisci videtur, adeoque facilius patris fraus filiae praejudicare potest.

§. 39. Atqui haec quidem de his, qui sunt in patria potestate, dixisse sufficiant. His vero opponuntur, qui sunt sui juris, qui vel in tutela et cura sunt, vel neutro jure tenentur. Unde adhuc pro ratione instituti pancis videndum erit, quatenus affirmatio circa tutelas suos peculiares producat effectus. Solent autem saepius parentes testamento liberis suis impuberibus, quos in potestate habent, tutores constituere. §. 3. *j. de tut.* ubi duplex potest oriri quaestio, an valeat tutelae datio personae incertae, hoc modo, ut ille sit tutor, quem Cajus idoneum esse affirmaverit, ut ita acquiescere velit in sola tertii affirmatione: quod negatur, *in* §. 24. *in f. j. de legat.* ex ea ratione, quod certo judicio quis debeat pro tutela posteritati suae cavere, quod tamen non fieret, si quis in sola tertii affirmatione acquiescere velit. Debent enim tutoris mores esse approbati a testatore, quod, ubi incertus est, fieri nequit. Unde in *pr. j. de satisd. tut. et cur.* dicitur, quod testamentarii satisdare non cogantur, *quia fides eorum et diligentia approbata est.*

§ 40. Altera vero quaestio est, an valeat tutoris a patre in testamento constitutio, de cujus qualitate eidem non constat, sed ubi simpliciter alterius affirmationem de idoneitate tutoris secutus est? Quod vix dixerim, quia iterum fides tutoris a patre non est approbata, et quis ignorat, quantae saepius fraudes committi soleant in hujusmodi commendationibus, ubi quilibet fere proprium interesse respicit. Inde Jctus *in l.* 10. *ff. de confirm. tut. Utilitatem pupillorum praetor sequitur: non scripturam testamenti vel codicillorum. Nam voluntatem patris ita praetor accipere debet, si non fuit ignarus eorum, quae ipse praetor de tutore comperta habet.* Imo posset tertius, qui singulares patri tutoris qualitates praedicaverat, esse deceptus, cum postea eorum antea celata vel ignorata emergat improbitas, ut dicitur *in l.* 8. *in f. ff. eod.*

§. 41. Circa tutores vero a magistratibus dandos potissimum affirmatio suos prodit effectus. Nam incumbit nonnullis cognatis, ut petant et nominent personas, quibus tutela committatur, ut matri, *t. t. ff. qui pet. tut. vel cur.* imo et extranei possunt admitti, si curam pupillorum eo ipso gerere velint. His nominatoribus, uti vocantur, incumbebat sollicitudo, ut nominarent idoneos, quia suo periculo eosdem petiisse videbantur, quod ideo receptum, ut eo magis cauti essent in tutoribus nominandis. Qui enim tutorem nominant, videntur affirmasse de ejusdem qualitatibus, unde affirmatores vocantur *in l.* 4. *in f. ff. de fidejuss. et nominat. tut.* qui scilicet tutores idoneos esse affirmant. Hinc sine dubio etiam Gallis certificatores appellantur. Hering. *de fidejuss. cap.* 8. *n.* 49. Potest hoc ulterius *ex l. Romanius Appulus* 28. *ff. de tut. et cur. dat.* ubi ideo se Romanius excusabat, quod non debuisset dari in tutela collega ei, quem ipse, cum magistratus esset, nominasset suo periculo, ne scilicet in una tutela duplex periculum, tam ratione nominati, quam pupillorum, sustineret, quae tamen excusatio rejecta est. Unde et magistratus ex officio aliquem nominando, quod utique facere debet, reliquis cessantibus, de ejus idoneitate affirmasse videtur. *cit. l.* 28. *l.* 1. §. 8. *et* 9. *de magistr. convent.* Imo et hoc liquet, quod affirmatores esse videntur, qui alios nominant ad officia publica. *l.* 1. *c. de pericl. nominat. l.* 4. *c. de filiisfam. et quemadm. pro his pat. ten. l.* 17. §. *fin. ad municip. de incol. l.* 14. §. 4. *ff. de mun. et honor. l.* 8. *cod. de susceptor.* De his itaque affirmatoribus, quod fidejussorum vicem sustineant. *l.* 4. §. *fin. ff. de fidejuss. et nominat. tut.* Affirmator enim cum mandatore comparatur. *in l.* 13. *ff. de minor.* adeoque periculum tutelae ad eum quoque spectat, si alio modo pupillis ex bonis tutoris consultum esse nequit.

§. 42. Sed et adhuc aliud affirmatorum genus circa tutelas obvenit. Cum enim tutores quandoque cavere fidejussoribus debeant, sane in horum qualitates inquirendum erit, utrum essent idonei, hoc est, locupletes et facile conveniendi, *l.* 2. *pr. ff. qui satisdar. comprob.* Jam vero ad magistratus majores haec sollicitudo spectabat, qui nequidem satisdationem exigere debebant §. 4. *j. de satisd. tutor.* Sic poterant eligi, qui aestimarent tutorum satisdationes, et hi quoque ex sua aestimatione tenebantur, si fidejussores postea inidonei reperti erant. *l.* 1. §. 9. *de magistr. conven.* Neque hoc infrequens fuit, cum et in aliis cautionibus praestandis, judicialibus nempe, eligi solebant arbitri, ad fidejussores probandos, utrum essent idonei, nec ne? *l.* 9. *ff. qui satisd. cogunt.*

§. 43. Conveniuntur itaque affirmatores hi, uti alii fidejussores, quorum vicem sustinet, et sic quoque eadem jura his applicanda. Sed non adeo perspicuum est, quid dicendum in casu, si quidem constituti sint honorarii tutores, et tutor, qui administravit, non solvendo reperiatur, an prius excutiendi sint honorarii,

antequam ad fidejussores vel affirmatores veniatur. Decisio tota dependere videtur ex *l.* 1. §. 15. *ff. de tutel. et ration. distrah.* Cujus textus hic videtur sensus esse corruptus. Verba ejus haec sunt: *neque adeo autem, ad contutores non venitur, si sint solvendo contutores, ut prius ad magistratus qui eos dederunt,* (quia sunt instar affirmatorum) vel ad fidejussores quorum vicem sustinent etiam affirmatores, *l. 4. in fin. ff. de fidejuss. et nominat. tut. et ita imperator noster Ulp. Proculo rescripsit. Quod enim Marcellus libro octavo digestorum scripsit, quodque saepissime rescriptum est, quamdiu vel unus ex tutoribus idoneus est, non posse ad magistratus, qui dederunt, veniri, sic erit accipiendum, si non contutor ob hoc conveniatur, quod suspectum facere vel suis accipere noluit.* Nam primo dubium movent verba initialia, cur ad contutores veni re debeat, si sint solvendo tutores gerentes; et deinde, cum subsidiaria actio demum detur in magistratum, si nullo alio remedio possit consuli pupillo, quomodo hoc in casu prius excutiendus sit magistratus? Verum non adeo improbabilis est conjectura Cujacii *ad tit. cod. de divid. tutel.* verba initialia *si sint solvendo contutores*, legenda esse negative, quod et ipse contextus arguere videtur, verba vero finalia, *si non contutor ob hoc conveniatur* affirmative; qua posita lectione, quaestio ita decidenda, ut si contutoribus in eo nihil possit imputari, quod suspectum non reddiderint collegam, merito ante omnia magistratus sit conveniendus, et insuper reliqui affirmatores, quippe quibus ita major culpa imputari potest.

§. 44. Denique addendum, aliquando etiam tutorem per dolosam suam affirmationem posse suspectum fieri, quod contingit, si praesens neget propter inopiam pupillo alimenta decerni posse, et tamen hoc per mendacium asserat; sic enim non tantum ut suspectus removendus a tutela, sed insuper extra ordinem puniri potest §. 10. *i. de suspect. tut.* propter insignem fraudem, quae huic impio mendacio subest, cum talis tutor velut praedo bonis alienis incumbere videatur. *l.* 3. §. 15. *ff. eod.*

§. 45. Ex his quoad statum personarum jam tractatis materiis, satis superque constare potest, quam latissima sit haec, per totum jus se diffundens, de obligatione affirmantis materia. Cum vero fundamenta ulteriorum conclusionum hic pro viribus ingenii mei jacta sint, ideo nunc quilibet ad ha ulterius formanda faciliore progressus facere poterit. Quemadmodum itaque boni et cauti viri est, non temere aliquid affirmare et ita nec de m affirmare possum, in hac disputatione me rem ubique acu tetigisse; interim tamen non dubito, quin sinceriores hunc laborem aequo judicio sint accepturi, parum cura s, q id temerari affirmat res de eo sensuri sint.

SOLI DEO GLORIA.

DISPUTATIO DECIMA TERTIA

DE REMEDIIS CAUSAE VULNERATAE PROPTER AMISSAS IN PROCESSU EXCEPTIONES.

DIE 17. JANUAR. ANNO MDCCV.

PRO LICENTIA

ANDREAS WAGNER, SLADEBACENS. MISN.

SUMMARIA

Introitus. Remedia causarum vulneratarum colligenda. Praesertim pro reis post amissas exceptiones. Ratio denominationis. §. 1.

Exceptionibus sua statuta sunt fatalia et merito. §. 2.

Amissam etiam exceptionem actor attendere debet in foro conscientiae. §. 3.

Processuum solemnitates nimiae nocivae. §. 4.

Amittit reus exceptiones variis modis. §. 5.

Remedia amissarum exceptionum sunt vel communia vel specialia. §. 6.

Remedia communia dantur. Reo (1) *ex privilegio aetatis. Minori non currunt fatalia. Licet et tutorem et procuratorem habeat Praejudicium. Non minor opus habet petere restitutionem contra lapsum fatalium. Objectio c. p. elect. sax. s.* 25. §. *Und diewell. Cautela.* §. 7.

(2) *Ex capite restitutionis vario.* §. 8.

Cautela. Praejudicium. §. 9.

Quanto tempore petenda restitutio? Quantum tempus restituendum sit? An quadriennium petendae restitutionis prosit etiam contra lapsum fatalis aut alius temporis brevioris? Affirmatur de ecclesia. Negatur de reliquis. Rec. imp. d. anno 1600. §. 93. *An fatale rec. imp. currat scientibus?* §. 10.

Restitutio an iterato peti possit? Praejudicium. §. 11.
Restitutio quatenus remedeatur damno procurat. vel advocati culpae dato? §. 12.
Remedium (3) *ex consortio personae privilegiatae. Praejudicium.* §. 13.
Consors consorti prodest, nonnisi in causa individua omnis causa probationum. Quae causa dividua? quae individua? Regula. §. 14.
Nec omnis causa praescriptionum est individua. Nec omnis servitus. Cautela. §. 15.
Remedium commune (4) *ex capite nullitatis. Cautela.* §. 16.
Praejudicium. Publicatio sententiae nulla est sine praevia citatione. §. 17.
Praejudicium ab illegitimato gestum nullum est. E duobus procuratoribus in solidum constitutis alter tractare causam nequit, quam alter occupavit prius. §. 18.
Remedia specialia exceptiones dilatoriae omissae quomodo salvandae sint? Decis. elect. sax. 14. *Cautela.* §. 19.
Exceptiones peremptoriae quomodo salventur? Reo nullum currit fatale, priusquam satisfactum fuerit dilatoris cautela. §. 20.
Praejudicium in casu satisdationis ante omnia injunctae. §. 21.
Nec actori currit fatale, prius quam ipse satisfecerit dilatoriis. Praejudicium. Cautela. §. 22.
Perditur exceptio peremptoria non subnexa lit. cont. An salvae tamen semper sunt exceptiones facti? Praejudicium. §. 23.
An reus juramentum oblatum non praestans ad exceptiones admittendus? Praejudicia. Cautela. §. 24.
Exceptione non competentis actionis l. c. subnexa, quae exceptiones salvae sint? Praejudicium. §. 25.
In processu executivo etiam ante terminum non edita adhuc admittenda exc. solutionis et compens. §. 26.
Post fatale adhuc admittenda exceptio noviter enata vel etiam cognita Praejudicium. Salvae et erunt exc. gravamen successivum habentes. §. 27.
Non restituuntur omissae except. in appellationis instantia. Exceptiones post rem judicatam adhuc audiendae sunt omissa. Cautela. §. 28.
Exceptio amissa in processu quatenus per modum actionis repeti possit? Exc. spolii per modum actionis semper intentari potest. Exceptio per modum actionis quomodo resuscitari possit? Omissa. Rejecta. Deserta. Cautela. §. 29.
Exceptio j. sax. per modum actionis et resuscitari nequit, nisi priori actione connexa finita §. 30.
Exc. de j. sax. per modum reconventionis repeti potest. Cautela. §. 31.
Except. amissa per principem quatenus restituenda? §. 32.
Denunciatio evangelica in casu perditarum exceptionum. §. 33.

§. 1. Melius equidem omnino est, *intacta jura servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere. l. fin. c. in quib. causis in int. rest. necess. non est.* Quemadmodum vero in civitate numquam non sunt morbi, sunt vulnera, quibus curandis ad manus habendus est prudens medicus: ita saepenumero causae in forum deductae vel deducendae culpa imprudentis vel partis vel advocati, vel dolo etiam adversarii, nunc omittendo, nunc committendo accidere aliquid solet, quo ista sic sauciatur, ut de salute ejus spem antea conceptam deponere oporteat infelicem partem, aut actoris aut rei vices sustinentem nisi sit patronus prudentior, qui tempestiva medela lapsa erigat, fatigata reparet *l.* 14. *c. de advoc. div. jud.* Forsan igitur actum acturus non esset, qui colligeret ex jure *remedia causarum vulneratarum*, eaque in certas classes et titulos digereret, ut advocati in numerato et in quodam publico quasi pharmacopolio uno conspectu statim haberent pharmaca, quibus subveniant et parti periclitanti et sibi ad interesse causae perditae procul dubio obligatis, si sua aut inscitia, aut negligentia id causati fuerint. Prout et classes actionum sub titulo progymnasmatum et syllogen exceptionum forensium, et actori et reo consulentium, insigni Jctorum commodo jamdudum adornavit *Joh. Oldendorpius.* Talem instructuri apothecam, curiose congessere compilatores pandectarum materiam restitutionis in libro IV. vid *l.* 1. *ff. de in int. rest.* Prae reliquis vero indignum videbatur, omni remedio destitui reum, qui exceptionem sibi de jure omnino competentem ideo perdiderat, quod vel debito tempore eam opponere neglexerat, vel. oppositam iterum deseruerat: condemnandus idcireo nunc in id, a quo de jure absolvi debebat, fata quasi expertus eorum, quibus vulnere violento moriendum est, sano alias undiquaque corpore. Mihi igitur thema meditanti disputationis inauguralis in animum venit, congerere remedia, quibus in praxi juris quam hactenus exercui, consultum esse memini reis de salute causae bonae propter amissas in processu exceptiones periclitantibus. Titulum dedi, phraseologia ductus supra laudatae *l. fin. c. in quib. caus. rest. in int. nec non est.* Caeterum utilitas hujus tituli, quae verba sunt *cit. l. t. ff. de in int. rest.* non eget commendatione, ipsa enim se ostendit. Nam sub hoc titulo hominibus vel lapsis, vel circumscriptis subvenitur, si inciderunt in captionem. Festinatus labor est, quod fieri urgebat reliqua conditionis meae ratio; nec diffiteor, me hunc solitum esse damnare in aliis. Mater quippe virtutum est discretio, noverca semper justitiae praecipitatio. *Clement. pastoralis.* 2. *de sent. et re judic.* Curas tamen forte etiam posteriores, quibus opus erit, ut communicem, imposterum erit occasio.

§. 2. Dum de amissione exceptionis ejusque remediis loquimur, in eum saltem casum intendimus, ubi reo post motum processum lapsu temporis sua periit exceptio. Huic enim deducendae, non minus quam actionibus, in jure sua statuta sunt fatalia, quae si neglexerit reus, jure suo cadit. Et merito quidem; cum enim sacratissimis legumlatoribus iniquum videretur, reorum, excipiendo saepius nonnisi perpetuas vexas et moras quaeritantium, malitiis laxato freno indulgere, lege generali, bono publico utriusque consulturi, exceptionibus et proponendis et probandis statuti temporis spatium dandum esse prudenter censuerunt, quod et reis sufficeret ad inquirendas res suas, ne jure suo maturius defraudentur, §. 1. *instit. de usuc. et long. temp. praesc. l.* 1. *ff. de usurp. et usucap.* et actores juvaret, ne scilicet suarum rerum diu et fere semper incertum sit jus, *dictae l.* 1. et ne creditores diutius

possint suis pecuniis forsitan defraudari, §. *un. inst. de lit. oblig.* Quod si igitur evenerit, ut perdita exceptione indebite quem solvere oporteat, non juris dispositioni, sed suae id imputet vel negligentiae vel contumaciae, cujus merito poenam luat.

§. 3. Nasutis de plebe haec scribimus, qui injustitiae, nescio cujus, insimulare sueverunt jura nostra, quoties rigore ejus perire alicui jus suum attendunt; ubi cogitare debebant, eam esse cujusvis legis generalis, etiam aequissimam naturam, ut non possit non in casu specialissimo quandoque aequo rigidior videri. Neutiquam tamen: hoc ipso in foro conscientiae exculpatum volumus morosum actorem, qui peccat omnino et contra conscientiam et contra officium boni viri, dum exigit a reo id, quod sciebat sibi amplius revera non deberi, quod nec petere juste poterat. Nec est, quod praetendat juris stricti, quo fruitur, assistentiam. Leges enim ipsae semper non solum, quid permissu juris liceat, considerandum esse, sed et quid honestum sit, inculcant, *l.* 197. *ff. de r. j.* quo de pluribus infra.

§. 4. Nec et iis erimus contrarii, qui optare solent, ut tot solemnitates processus nostri circa fatalia, ut in reliquis, ita et in opponendis exceptionibus, observandae lege publica eo tandem redigi possent, ut audere liceat plebejo civi, absque advocato in forum prodire; dolendum enim omnino est, eo devenisse praxin nostram, ut in causa etiam minima ingenti partis sumptu adhibendus nunc veniat advocatus, non ut causam tractet, sed ut formalia processus observet, exinde multo saepe pretiosiora, quam res processu quaesita. Quasi vero is unus esset imprudentiae finis, ut aleretur inde advocatorum numerus. Quae causa collapsi in tantas subtilitates processus, et an adscribendum aliquid sit nimiae tenacitati quorumdam antistitum in retinendis et mordicus defendendis principiis singulis veteris juris saxonici, cum forte non haec, sed aequitas potius et salus publica et norma et scopus processus dirigendi esse debeant, aliis dijudicandum relinquimus. Abusum hunc justitiae, uti ante saepius, ita nuperrime etiam, in comitiis provincialibus Dresdae habitis, emendatum gnaviter voluere serenissimus princeps et status provinciales. Nobis et in hoc puncto non potuit non placere Jctus doctissimus Joh. Schilterus *prax. jur. Rom. exerc.* 7. *th.* 39. 40. late praescribens et commendans judicibus cognitiones inter partes litigantes summarias, absque ullo advocato expediendas, ita, ut parti utrique a judice ipso exponantur jura sibi observanda, ad modum interrogationum in jure olim faciendarum. Quale consilium etiam amplexos, latiusque prosecutos esse novi status provinciales, in supra dictis comitiis super nova ordinatione processus consultantes. Qui foetus Jctorum illustrissimorum ut auspiciis potentissimi saxonis lucem propediem videat, serio optamus.

§. 5. Amittet ergo exceptionem suam reus, vel eam *tempestive non urgendo*: si scilicet in processu executivo electoratus saxonici, exceptiones ante terminum recognitionis una cum probatione liquida reus non ediderit; in processu ordinario, si dilatorias ante litis contestationem non opposuerit, peremptorias litis contestationi ipsi non annexuerit; vel *oppositam exceptionem deserendo*, quod fiet, si reus probationem ejus neglexerit.

§. 6. Quod si ergo cliens de amissis exceptionibus periclitatus, causae vulneratae consilium petat, advocatis non statim omnem despondeat animum, sed actis prioribus cum cura perlectis, clientulo de singulis causae circumstantiis studiose examinato, quod saepe negligunt advocati minus cauti, singula inter meditandum subnata dubiola probe notet. Saepe enim plures ratiunculae in idem conspirantes movere judicem solent, quod nua non fecisset. Quod ii bene norunt, quibus datum fuit relationibus actorum interesse. *Remedia*, quae obvenire poterunt, erunt vel *communia* contra omnes praescriptiones et laesiones utilia; vel *specialia*, quae solis medentur erroribus circa exceptiones commissis. De singulis seorsim agemus, si hoc praemonuerimus, in communibus remediis pertractandis instituti nostri rationem non pati, ut omnes eas materias ex integro huc repetamus, ubi in themate speciali elaborando versamur. Sed nobis sufficiet, unum alterumque dubium cautelamve huc quadrantem in praxi hactenus observatam, annotasse.

§. 7. Habitur ergo remedium *ex privilegio aetatis.* Minori enim, multo etiam magis pupillo, ceu panacea contra omnes praescriptiones, non tamen nisi temporales, et fatalium lapsum proderit constitutio nova Justiniani in *l. fin. c. in quib. caus. in int. rest. nec non est.* Quippe qua dispositum, quod omnes temporales praescriptiones ipso jure plane non currant minoribus. Nec oberit minori, licet et tutorem et procuratorem locupletes habuerit, quibus stipatus fatale deseruit. Nam et olim jam jam electio fuit penes minorem, an voluerit restitutionem petere, qua tamen de jure noviore, ut mox dicetur, nec opus amplius erit; an contra tutorem ad indemnitatem agere, per *l.* 3. 5. *c. si tut. vel cur. interv.* licet et per procuratorem lis agitata fuerit, *l.* 4. *c. si adv. rem judic.* Idque nuperrimo *novembr.* 1704. bene pronunciatum esse memini a dn. scabinis Lips. in causa coram praefectura lipsiensi ventilata *Gottfried von Weidenbach contra die Tettenbornischen Kinder*, ubi hi fatale probandarum exceptionum elabi passi erant, frustra me urgente in contrarium *l.* 23. *et* 46. *ff. de minor.* satis certe liquido asserere visus, minorem, qui habuit procuratorem majorem, non restitui, nisi si a procuratore res servari non possis. Qui textus moverunt et David. Mevium *p.* 7. *dec.* 226. *et coll. jurid. argent. l.* 4. *tit.* 4. *th.* 66. ut hanc sententiam juri communi ferme crederent magis convenire. Quibus consentit et Casp. Ziegl. *adjus canon. l.* 2. *tit.* 18. §. 2. *p.* 896. propter *l.* 13. §. *fin. c. de jud.* Et enim post latum novum jus in *cit. l. fin. cod.* nullam amplius legem huc quadrare facile constat. Respondet et in specie ad dict. *l.* 13. *disp. de restit. contra neglig. procur. circa laps. fat. th.* 8. *Erfordiae habita a.* 1704. Non ergo contra lapsum fatalis restitutione in integrum, quae petenda erat jure digestorum et alio anteriori, amplius opus habebit minor, nisi fatale perditum, quod restituendum, et currere inceperit jamjam majori, puta parenti vel alii antecessori. Nec obstat, quod *ord. proc. elect. sax. tit.* 20. §. *Und dieweil in casu elapsi fatalis dicat: es würde in causis minorum vermittelst des beneficii restitutionis in integrum ein anders erhalten.* Abusive enim legislatorem ibi nominare hoc beneficium, nec eo sublatam velle legem justinianeam, inde liquet, quod e contrario statim ad-

dat, *dass in solchem passu wir es bey Verordnung gemeiner Rechte bewenden lassen.* Minus hinc caute agit advocatus, restitutionem lapsorum fatalium petens pro minore, quo ipso ansa ultro dabitur adversario centum regerendi argumenta contra postulatam restitutionem, quibus seducat judicem a genuino controversiae statu. Quod saepe numero in casu lapsi fatalis redimendis subselliis statuti, pro summa, qua pollent, prudentia, monuisse memini Dominos consistoriales lipsienses, patronos meos aeternum devenerandos, quibus me hactenus, ceu actuarium et auscultatorem simul sedulum assedisse, non possum non publice depraedicare. Adhuc tamen necesse habent, ut petant restitutionem etiam minorennes, tum contra praescriptiones tricennales, tum contra facta commissionis, quibus sunt laesi, et sic in eo etiam casu, si curator exceptionibus renunciaverit. Ubi hoc adnotasse licebit, quod per eum ipsum curatorem id fieri nequeat. Ita responsum esse vidi a dominis scabinis lipsiensibus *Annen Marien Geisslerin m. februar.* 1696. *Sie (die Mundel) sind eben solche (restitution) weil ihr, (die Vormünderin) euer eigen factum zu impugniren nicht befugt, durch andere hierzu bestellte curatores anzustellen und auszuführen pflichtig.*

§. 8. Ex capite porro *restitutionis in integrum* servabitur exceptio omissa per *l.* 36. *ff. de minor.* si dolo actoris inductus aut metu coactus fuerit reus, ut praeterlabi pateretur fatale exceptionis vel proponendae vel probandae, quo de late agitur *in tot. tit. ff. quod met. caus. et de dol. mal.* Item si laesa fuerit ecclesia, respublica vel universitas, vel jure minoris semper debent illaesae servari *c.* 1. X. *de in int. rest.* indeque et contra lapsum fatalis probationis restituendae *ord. proc. sax. tit.* 20. §. *Dieweil auch etc.* Quo et referendi pauperes, furiosi et alii, quibus ex privilegio concessa est restitutio, recensiti a Sfortia Oldo *tract. de rest. in int. tota quaest.* 3. Vel si reus probare potuerit absentiam vel aliud legitimum impedimentum, quo impeditus fuerit causae suae praesse; vel si alia aliqua justa subsit causa, ob quam et majoremnibus restitutionem in integrum concedere, aequum judici videri poterit, quorsum et ignorantiam invincibilem, tam in majoribus quam minoribus, referimus, jubente Joh. Schiltero. *prax. jur. rom. exerc.* 11. *th.* 28. 30. licet contra praescriptionem 30. annorum ea non admittatur in electoratu sax. juxta *p.* 1. *const.* 9. Ad causas has evolvendas sufficiat ablegasse lectorem ad *tit. ff. ex quib. caus. maj.* 25. *an. int. rest.* ut et ad *cit.* Oddum qui late has causas recenset *quaest.* 8. *usque ad* 14.

§. 9. Hoc adhuc suaserim exinde advocato, ut in periculo amissae causae, aut in eadem, aut si judicem ibi aequiorem sperabit, in superiori instantia, omne colligat pro se argumentum aequitatis, deducat, probet etiam summariter vel ex documentis, vel testium etiam rotulis justitiam causae meritorum, urgeat ejus arduitatem, clientuli simplicitatem aut rusticitatem aut errorem, procuratoris culpam potiorem, ostendat adversarii iniquitatem, oratorem quasi agens, quod non nisi in tali casu arbitrium aliquod judicis admittente concedimus advocato, concionum tamen, cuncta argumenta affectum commiserationis sibi adversario invidiam conciliantia, modeste proponat. Nec omittat, probationes forte desertas simul exhibere, idque omne, quod perditum erat, statim supplere; quo ipso et removebit suspicionem frivole quaesitae protelationis, et justitiam causae judici hic ante omnia examinandam per *l.* 3. *ff. de in int. rest.* demonstrabit, vid. Mevius *p.* 7. *dec.* 35. Non facile, si hoc fecerit, nisi sibi forsan obstantem habeat rem jamjam judicatam, medela denegabitur, quamquam et quadriennium petendae restitutioni statutum effluxerit. Proficuum sibi inveniet hic *c.* 1. *de restit. in* 6*to bened.* Carpz. *l.* 2. *resp.* 96. et aequissimum Joh. Schilter. *prax. jur. rom. exerc.* 11. *th.* 28. 30. Ita memini reformato anteriore decreto, quo probationis ante 22. jamjam annos injunctae fatale pro deserto pronunciatum, Reusque absolutus erat, cum reservatione regressus ad antistites, in leuterationis sententia Mens. jun. 1701. a reverendissimo consistorio Lipsiensi pubblicata ex capite, si qua alia justa causa subsit, restitutionem datam esse *ecclesiae Hohenrodensi contra Hanss Sontag und* Cons. Quam et sententiam justam esse dixit serenissimus Saxo, appellatione contraria rejecta, mens. nov. 1701. licet quadriennium petendae restitutionis jam pridem elapsum fuerit.

§. 10. Dicta tamen etiam his restitutionibus petendis, ut et allegationi privilegii minorum, de quo §. 7. nova sunt fatalia, quae si non observaverit laesus, indignus erit et his remediis. In quibus declarandis ne confundamur, bene distinguendum est fatale, intra quod restitutiones peti possunt, ab eo tempore, quod ipsum restituendum est. Illud quod attinet, regulariter quadriennium est *l. f. cod. de temp. in integr. rest.* Quod incipere statuo non a die demum scientiae, sed a die finiti impedimenti, e. g. a die coeptae majoremnitatis, vel redditus absentis cum Georg. Adam. Struv. *Synt. jur. civ. exerc.* 8. *th.* 64. *per d. l. fin.* excepta restitutione ecclesiarum et universitatum, in quibus cum impedimentum numquam cesset, quadriennium incipit a die laesionis, et sufficiet hodiernis moribus, petitionem etiam ultimo quadriennii die factam, et ita quaestionem motam esse, licet impetratio ipsa et cognitio ante eam necessaria post quadriennium finitum fiat, asserente id etiam domino Praeside *ex. mod. pand. lib.* 4. *tit.* 1. *th.* 9. Hoc, ipsum tempus scilicet quod restitui debet, non nisi tantum erit, quantum per impedimentum est perditum *per l.* 13. *et l.* 26 §. 8. *ff. ex quib. caus. maj.* ita, ut isti, cui minori vel absenti adhuc, lapsus est terminus saxonicus, vel totus, vel ex parte, non plus restituatur, quam spatium saxonicum, vel totum, vel tantum de eo, quantum lapsum est, impedimento durante, quamvis et istud tempus unius etiam tantum diei sit. Et hoc quidem certum esse, probant leges allegatae. An vero dictum fatale quadriennii petendo remedio statutum integrum etiam concedendum sit ad petendam restitutionem contra lapsum fatalis vel alius temporis brevioris? quaeri hic operae videbatur esse pretium. Affirmare id ausim de ecclesia, ita tamen, ut credam, fatale ipsum restituendum ecclesiae currere incipere ex eo die, ex quo sententia super petita intra quadriennium restitutione lata vires rei judicatae adepta est, per clarum textum *in clement. un. de restit. in integ.* Oddus *qu.* 19. *art.* 4. *num.* 47. Casp. Ziegl. *ad jus can. lib.* 3. *tit.* 18. §. 13. sive id inciderit in quadriennium, sive post illud. In reliquis vero restitutionibus e. g. minorum, absentium etc.

credo hodie ad instituendam petitionem restitutionis contra lapsum fatalium non indulgendum esse quadriennium, sed tantum spatium temporis, a cessatione impedimenti computandum, quantum durante impedimento isto cucurrit, e. g. si cucurrerit ibi dimidia pars fatalis forte saxonici, post sublatum impedimentum, peti debet remedium intra dimidium spatium saxon. per textum expressum in *recess. imperii de anno* 1600. §. 93. quod idem tradit dn. Praeses *us. mod. pand. lib.* 4. *tit.* 6. §. 5. *et* Joh. Wolff. Textor. *dis. acad. dis.* 17. *th.* 47. ita, ut postquam petitio instituta est, expectandum deinde sit, donec judicatum fuerit, an restituendus sit laesus an non. A tempore rei istius judicatae, si ea restitutio concessa fuerit, deinde de novo curret tempus, secundum supra dicta restituendum Joh. Brunn. *ad l.* 26. §. 8. *ff. ex quib. caus. maj. et ad l. fin. cod. de temp. in integr. rest.* Nimis enim facilis erga laesum, injurius vero in adversam partem foret, qui vellet plus temporis largiri per restitutionem majori factam, quam hic alias habuisset. Cum tamen beneficium hoc publicum nec damno nec lucro esse debeat. *l.* 29. *ff. ex quib. caus. maj.* Cui addere lubet duo: unum scil. ut si admodum breve supersit tempus restitutionis petendae e. g. aliud saltem diei, modicum adhuc unius indulgeatur ad quaerendum advocatum, propter *l.* 15. §. *f. quib. caus. maj.* Alterum, quod credam restitutionis petendae fatale *in cit. recess. imp.* statutum, currere demum scientibus, non vero ignorantibus se laesos esse. Etenim monstrat ipsa occasio latae legis, quam imperator addidit in contextu dicti recess. imp. obicem ponere voluisse ea lege legislatorem malitiosis litium protractoribus, quales cum non dici possint ignorantes, et ita in illis cesset ratio legis, nec haec ad eos applicanda, sed relinquendum potius illis integrum quadriennium videtur, in ipsa regula juris communis *in l. fin. c. de temp. in integr. restit.* fundatum. Idem etiam crederem statuendum esse in casu restitutionis petendae contra lapsum quatuor septimanarum, intra quas redimere jubet subsellia templorum *decret. synod. elect. sax.* cui petitioni quadriennium itidem denegat dn. d. Frid. Philip. *in disp. de subselliis templorum Lipsiae a.* 1683. *habita* §. 9. (ubi tamen pro *menstruo* spatio, quod pace viri doctissimi dictum esto, tempus nunc dictum quatuor septimanarum surrogatum mallem, propter expressum textum *decreti Synodalis*) videatur Sfortia Oddus *de restit. in integr. qu.* 19. *art.* 4. per totum, in quo argumentum hoc in utramque partem late disputatum, nec tamen clare satis, nec habita ratione dicti recess. Imp. caeterum fateor, in quaestione me versari difficili, absque etiam hodego, thesin tamen ut puto, satis luculenter explicatam latius forte inquiret ipse conflictus.

§. 11. Moneri hic debebat advocatus, remedium restitutionis plus quam una vice in eadem articulo processus sibi non profuturum esse, per *l. fin. c. si saep. in int. rest. postul.* Ind. frequens formula sententiis restitutionem concedentibus addi solita: *er ist aber nochmals binnen Saechsischer Frist bey Verlust derselben damit einzukommen schuldig.* Durante tamen adhuc impedimento, exempli gratia minoremnitate, etiam in tali casu iterata vice frui beneficio laesum, nisi dolus probetur intervenisse laesi, statuit Joh. Brunn. *ad d. l. f. c. n.* 3. Casum hic annotasse licebit ex actis illustris curiae provincialis lipsiens. nuper mihi relatum in causa *Parreithische Erben contra Rath zu Delitzsch*, ubi huic restituto fatale probandarum exceptionum novum concessum fuerat *bey Verlust desselben.* Prorogationem petierat Senatus illius fatalis, et impetraverat, intra tempus prorogatum cum obtulisset articulos probatorios, super iis pronunciabatur. Ast cum urgerent actores per modum leuterationis, non potuisse judicem prorogare fatale, sub poena praeclusi expressa, secunda jam vice statutum, nec reos iterato restituendos esse, pro deserta pronunciabatur probatio. Quam tamen sententiam reformare aequissimum fuit supremo appellationum tribunali, ne scilicet reus non nisi facilitate judicis inductus, defraudaretur exceptionibus suis.

§. 12. Culpa fit saepius procuratoris vel advocati, quod pudet tamen ferme fateri, ut defraudetur reus exceptione sua. Quid ergo in eo casu consilii? Et restitutione in integrum salva erit causa, si dolose cum actore procurator vel advocatus colludentes, quod crimen praevaricationis dicimus, excipere omiserint, per expressum *l.* 1. *c. de advoc. div. judiciorum.* Sfortia Oddus *de rest. in int. quaest.* 13. *art.* 9. *n.* 34. *seqq.* Quod si autem vel dolo solius advocati aut procuratoris, vel negligentia, seu culpa etiam illorum, laedi reum contigerit, restitutio in integrum causae neutiquam medebitur, sed cliens sibi imputaturus, quod talem patronum elegerit, denegata restitutione contra hunc ad interesse praestandum agat, nisi tamen hic non fuerit solvendo, per expressum *l.* 3. *pr. et* §. 1. *ff. de offic. praes. l.* 10. *c. de proc. l.* 7. §. 9. *ff. de dolo malo.* Oddus *d. l. n.* 43. *seqq.* Ben. Carpz. *p.* 1. *const.* 1. *def.* 22. 23. *et lib.* 3. *resp.* 4. Idque in praxi receptum esse, tot probant praejudicia. Et recte quidem, ut litium scilicet tandem aliquis sit finis, nunquam ferme sperandus, si omnis fatalium vis infringi posset, per universalem restitutionem contra lapsum eorum ex capite negligentiae procuratorum. Quod respondendum erat viro consultissimo, qui peculiari *dissertatione inaugurali Erfordiae d.* 6. *maj.* 1704. *habita de restit. contra neglig. procur. circa lapsum fat.* hanc asserere annititur. Contra negligentiam tamen advocati, qui procurator, mandatarius aut dominus litis nondum factus est, restitutionem dari, definit *Erklaerung der Magd. Process Ordnung d. a.* 1696. *cap.* 44. §. 2. Restitutione etiam semper fruetur reus, si tale damnum per desertionem inferatur, quod aestimationem non recipit, et cujus interesse ab advocato praestari non potest. Ita in causa matrimoniali disputatum esse late meminimus, an reo, cujus prior advocatus ad articulos reprobatorios ad deducendas exceptiones justo serius tradiderat, postquam lata super desertione sententia vires jam rei judicatae adepta erat, adhuc tamen restitutio per novum advocatum anxie petita sit concedenda? Et mihi quidem affirmativa magis arrideret, propter irreparabilitatem gravissimi praejudicii, quo reo alias oberat, quippe exceptionem fornicationis contra actricem deducturo. Nec advocatus, quisquis ille fuerit, dici poterat esse solvendo in causa interesse non pecuniarum, sed perpetuum vitae consortium concernente. Nec et obstabat res judicata. Nam et adversus hanc dari restitutionem in integrum, liquet *ex tot. tit. c. si adv. rem judicat.*

praesertim cum in proposito casu ante sententiam latam restitutionem anterior advocatus desertionem agnoscere nolens, nondum postulaverit. Hoc enim si factum fuisset, petitio haec in subsecuta sententia praeterita, pro jam rejecta putanda fuisset. Semel autem per sententiam denegata restitutio peti amplius nequit per *l.* 1. 2. *c. si saep. in int. rest. post* Et crederemus in tali casu saepius in matrimoniali causa restitutionem obtentum iri, si adhibeatur cautela supra §. 6. commendata. Caeterum laesum ex hoc capite restitutum debere expensas adversario restituere, aequissime defendit et praejudiciis obfirmat dicta *diss. de rest. contra negl. procur. circa fat. th.* 25. 26.

§. 13. At transeundum ad novum remedium causae vulneratae quaerendum. Ex *consortio personae privilegiatae* remedium quodvis consorti litis uni privilegio concessum prodest et alteri, non tamen nisi in causa individua, id est ea, quae taliter est connexa, ut privilegium prodesse non possit uni, nisi et alter isto simul fruatur. Quod eleganter deducit et Sfortia Oddus *de rest. in int. quaest.* 46. *art.* 4. *n.* 12. Cum igitur in causa operarum rusticarum, quas postulaverat coram judicio froburgensi dn. G. F. B. de b. *von denen Hinderstassen zu Greifenhahn*, rei deservissent fatale ad demonstrandas exceptiones injunctum, et urgerem contra actorem contumaciam accusantem, duobus consortibus reis nondum cucurrisse fatale, quippe ad publicationem ejus sententiae individualiter non citatis, quod requirit tamen *ord. proc. elect. sax. tit.* 4. *princ.* Inde et reliquis 16. consortibus, quibus tamen praesentibus publicatio facta et copia sententiae data fuerat, prodesse debere, frustra severe reluctante actore, pronunciabatur a fac. jurid. witeberg. m. aug. 1700. *Dass Bekl. sich an der ihnen zuerkanten Bescheinigung gestalten Sachen nach noch zur Zeit nicht versaeumet.* Confirmabatur etiam sententia ista in leuteralionis instantia iisdem pronunciantibus *m. april.*, 1701. Idem pronunciandum esse respondebatur a fac. jdca lips. *m. januar.* 1698. ad praefectum Lips. in causa J. S. contra h. l. *und Gemeinde zu Mockau* ad perditam probationem exceptionis contra postulatam servitutem piscandi in ditione moccaviensi adhuc admitti ex capite restitutionis universitati competentis, petentes. Nec proderat actori ursisse generalitatem *l. un. c. si in com. ead. caus. rest. in int. post.* communicationem beneficii consorti denegantis, nec allegasse Gomezium *var. resol. jur. t.* 2. *c.* 14. *n.* 10. asserentem, in materia praesertim servitutum eam legem esse receptam, nec provocasse ad acta priora, in quibus sententiae anteriores non reos consortes sed *Bekl. und Mitbekl.* nominaverant, ipsis bis consentibus, dum distinctis mandatariis usi uterque semper peculiari responderat positione. Etenim *cit. l. un.* more aliorum legum codicis de casu speciali loqui, proinde regulam generaliorem *l.* 10. *princ. ff. quemadm. servit. amit.* in totum, quoad causas individuas etiam, tollere non posse, ex textu liquet facile; Gomezio etiam esse satis jam opposuit Joh. Brunnem. *com. ad. d. l. un. c. n.* 7. et ipsa jam allegata *l.* 10. *ff.* Nec inconsulta partium nominatio ejus videbatur momenti, ut ex iis, quos actor ipse antea nominaverat consortes, non consortes facere posset.

§. 14. Vix tamen tuto exinde sibi spondebit advocatus cautus universalem medicinam in omni casu probationis, et et juramenti deperditorum, quod credere Ben. Carpz. *l.* 2. *resp.* 98. *n.* 11. *et proc. tit.* 19. *art.* 2. *n.* 38. videtur, omnem probationem omneque juramentum pro rebus individuis reputans. Etenim in discernenda causa individua et dividua non ad qualitatem facti laedentis omissi, sed ad objectum litis motae, respiciendum esse, sentimus, ita, ut regula sit: pro individua causa habendam et communicandum beneficium consorti esse, in uno quovis, sive probationis sive alio articulo, quoties denegatio ejus facit, ut ex definitiva causa privilegiatus id non possit lucrari, quod alias consecuturus esset. Contra vero dividua semper erit causa, et in probationis et in omni alio articulo, si restitutus jus suum integrum consequi potest, consorte licet succumbente. Et quidni probationes eodem jure censebimus, quod stipulationes plurium reorum aestimat *l.* 72. *ff. de v. o.* dividuas esse statuens, si promissa fuerit res inter consortes, salva cujusvis parte, divisibilis, qualis est pecunia numerata; individuas, si res promissa non potest dividi e. g. factum a duobus simul praestandum, item servitutes pleraeque. Nullus ergo dubitarem, quin in condictione certi ex mutuo a duobus actoribus, uno majore, altero minore, instituta, deserto fatali probationis, reus ratione ejus ratae, quae majoris erat, statim sit absolvendus, minor adhuc audiendus, reusque pro re nascitura ad ratam ejus solvendam condemnandus. Quod procul dubio et procedet in duobus reis consortibus pro rata condemnandis et absolvendis, ubi alteruter contra fatale probandae exceptionis desertum restitutus fuerit. Hinc domini Scabini Lipsiens. in *Concurs-Sachen Hanss Seiferts* non dubitaverunt pronunciare, ad *procuratur-Verwalter zu Meissen* m. febr. 1691. *Dass* i. e. f. *in integrum billig restituiret wird, und er diesem nach mit seines ruta von denen liquidirten wiederkaeufflichen capitalien und Zinsen von diesem concurse noch zu Zeit nicht zu praecludiren, sondern zu Führung der in dem am* 3. *dec.* 1683. *eröffneten und fol.* 86. *vol.* 1. *befindlichen Urthel zu erkanten Bescheinigung in Saechsischer Frist nochmahn zuzulassen: dessen Suchen aber wegen seiner Mit-Erben hat nicht statt*, referente excellentissimo dn. d. Quint. Sept. Flor. Rivin. *in enunc. ad ord. proc. tit.* 20.

§. 15. Similiter nec omnem praescriptionem individuam dici posse ad eum effectum, ut consors absque consorte non sit restituendus, credimus laudato Carpzovio *n.* 6. *dict. resp.* id asserenti, adstipulante etiam Oddo *d. qu.* 46. *art.* 5. *n.* 18. 19. Sed regulam nostram et hic applicandam esse statuimus. Nec opus erat longa refutatione, cum ipse sibi directo contradicat Carpz. *p.* 2. *const.* 9. *def.* 4. Inde crederem profecto, obfuturam exceptionem praescriptionis annalis majori injuriarum agenti, quae non nocebit minori de iisdem injuriis simul experienti. Imo nec omnis servitus est individua, quod dicit idem Carpz. *d. def.* 4. *n.* 6. *et d. resp.* 98. *n.* 7. Sed ea saltem, qua frui socius absque socio non potest, quod elegans est exemplum Sfort. Oddi *quaest.* 19. *art.* 6. *n.* 25. Caeterum ex dictis facile colligere est, cautelam esse pro advocato, ut jungat parti, si poterit, consortes plures privilegiatos, profuturos forte aliquando omnibus, si laesi fuerint in processu. Et haec remedia erant communia reo quadratura, sive ante processum insti-

lutum, per praescriptionem, sive post litem motam, per lapsum fatalis, exceptiones suas quovis modo amiserit.

§. 16. In specie, si pendente processu exceptionibus suis fraudatus fuerit reus, medelam quaeret communem omnibus laesionibus *ex capite nullitatis*. Processu enim retro pro nullo declarato, si actor de novo experiatur, emendandi errores elegans dabitur occasio. Nam contra ipsam etiam rem judicatam nullitatis querela locum habet, ita tamen, ut in elect. sax. intra spatium sax. a die publicatae sententiae computandum, interponatur, et intra duplicatum eum terminum sub poena praeclusi citationes impetrentur ad prosequendam nullitatem, et interim executio nentiquam suspendatur; nec minus ille, qui calumniose repertus fuerit nullitatem allegasse, 40. florenis misnicis multetur, disponente haec omnia *o. p. s. tit.* 38. Saepius autem pendente adhuc processu, vel totus, vel articulus saltem ille, qui nocuit, ita impugnari poterit propter defectus aliquos, ut annulletur, et ad statum innoxium redeat. Hinc cautos satis esse nunquam credidimus advocatos, qui saepe intempestive irruunt in errores et defectus quosvis, si qui penes acta circa legitimationes, insinuationes et alia puncta irrepserint. Cum consultius forte fuisset, pati, ut incurii viderentur aliis, usque dum nacti fuerint, occasionem urgendi defectus istos, vel ad sui defensionem, vel ad offensionem adversae partis reapse profuturos.

§. 17. Caeterum quae sunt capita illa nullitatis, nunc non vacat recensere. Collegit illa longo ordine Sebast. Vantius *tract. de nullitatibus*. Nobis sufficiat, et hic casum, qui in praxi obvenit, attendisse. Sic periisset causa lethaliter vulnerata, ubi actor j. c. Hoffmann coram praetorio lips. in causa contra A. *Eggen* in termino praestandi juramenti a se delati ipse emanebat, nisi obtendi potuisset nullitas in publicatione sententiae super juramenti delatione latae commissa. Citationem enim ad publicandum non mihi, actoris procuratori, quod ad acta narraverat, sed fratri gemello, ejusdem plane faciei, nuncius errans insinuaverat. Nulla autem est publicatio sententiae partibus nec citatis nec praesentibus facta, *ord. proc. elect. sax. tit.* 34. licet sententia sit pro non citato; Joh. Oldendorpius *syllog. excepl. de sent. p.* 762. Frustra ergo regerente adversario, sententiam priorem super litis contestatione latam non egere publicatione, cum neutra pars ea gravetur, sed utriusque petito illa respondeat, pronunciabatur tamen, consultis scabin. lips. *dass gestalten Sachen nach, Beklagtens Suchen nicht statt hat, sondern es ist vor allen Dingen Klueger zu Publication des fol.* 16. *befindlichen Abschiedes gebührend vorzuladen, ergehet so dann darauff ferner, was recht ist*: m. octobr. 1699. Hoc igitur facto, res ad integrum revertebatur statum, novus a me petebatur ad jurandum terminus, eoque causa eveniebat, ut reo postmodum emanente juramentum istud pro deserto, ipseque reus pro convicto declararetur.

§. 18. Saepius ea nullitas ex capite illegitimationis ibit obviam. Casus erat, ubi reus non habita ratione ullius exceptionis, pro confesso et convicto declaratus consilium petebat; actis igitur probe lustratis, inde remedium quaerere visum est, quod ex duobus a reo in solidum constitutis procuratoribus, unus sententiam super litis contestatione a se facta latam pro publicata agnoverat, et dein appellatione suspenderat; alter deinde procurator appellationi renuncians ad probationem pro exoneranda conscientia sese obtulerat, quam tamen ambo aeque neglexerant. Credebatur enim renunciationem appellationis ab illegitimato factam, indeque fatali oblationis juramenti vel probationis dictae adhuc obstare leuterationem, cum post prioris procuratoris occupationem alter se intromittere nequiverit ulterius. Hanc enim juris canonici regulam in *cap.* 6. *de procur. in* 6. jure etiam civili in *l.* 32. *ff. de proc.* et verbis quidem adhuc evidentioribus, asseri liquet. Quos textus, licet hactenus inter practicos nostros rarius allegatos, cur inter eos ideo referamus, quos Germania non recepit, non apparet. Non attendi eam solere, suspicatus sum ex sententia scabinorum lipsiensium in causa c. *Dietz* contra d. *Hartenbach* mense aprili 1700. in praetorio lipsiensi publicata. Licet enim urgerem: rei procuratorem alterum per annum, et quod erat supra, causam egisse, super juramento delato in pluribus terminis disputasse, sicque alteri, cum uterque in solidum constitutus esset, ita praejudicatum esse, ut leuterationis prosecutio ab hoc nunc facta pro nulla, et ista ideo pro deserta habenda sit, licet et ostenderem c. 6. *allegatum* expresse meminisse casus, ubi prior occupans absens vel alias impeditus fuerit, vel prosequi etiam noluerit, ac proinde falso ab adversario dici, quod textus de solo casu contradictionis inter duos procuratores ortae loquatur; nec tamen desertio leuterationis attendebatur, nec alia legitimatio reo injungebatur. Textus certe hic non contemnendus est in *constit. Maximil. I. de anno* 1512. §. *Von Anwaelden Satzung* inculcans notariis, ut constitutionibus procuratorum plurium, conjunctim et in solidum *samt und sonders* faciendis, expressa addatur clausula: *Dass ihr eines condition, als der sich zum ersten in die Dinge schlüge, nicht besser, denn des, oder der andern sey, sondern was einer anheben würde, dass der andere dass vollführen oder enden möge.* Quam clausulam literatenus ex *allegato* c. 6. transumptam, nostro quidem judicio, sacratissimus imperator neutiquam desiderasset, si foro receptam legem huic contrariam non credidisset. Sentit nobiscum saepe laudatus, nec satis unquam laudandus Schilterus *prax. jur. rom. exerc.* 10. *th.* 49. ideoque praejudiciis camerae imper. probatum esse asserit Joach. Mynsing. *cent.* 1. *observ.* 47.

§. 19. De *remediis*, quae *specialiter* soli isti, qui propter exceptionis omissionem de salute causae periclitatur, opitulantur, nunc disquirendum erit. Et exceptiones quidem dilatorias quod attinet, eae omnes sub poena praeclusi simul proponendae sunt, antequam reus vel litem contestatus, vel ad contestandum, vel etiam ad legitima impedimenta, re judicata condemnatus fuerit, *ord. proc. elect. sax. tit.* 11. *princ. decis. elect. sax.* 14. *ord. proc. magdeb. d. a.* 1688. *tit.* 27. §. 1. *rec. imp. d. a.* 1654. *et* 37. Bened. Carpz. *p.* 1. *const.* 3. *def.* 4. *seqq.* Salvae tamen adhuc non solum erunt eae, de quibus in §. seq. agetur, sed et hae, quae causae meritа concernunt, et mixtae dicuntur in *cit. o. p. magd.* e. g. pacti de non petendo temporalis: quae posteriores sive omissa sive opposita sint ante contestationem litis, et post eam inter peremptorias deduci poterunt: inter quas referimus etiam

exceptionem excussionis. Nec praecisa erit dilatoriarum oppositio, si in sententia antecedenti tantum responsio, *sich einzulassen, und zu antworten*, nec simul litis contestatio, expresse injuncta fuerit, per clarum *decis. elect. sax.* 14. Qui textus licet de solo casu loquatur, ubi contra reum, qui plane emansit, pronunciatum est, extendendus tamen nihilominus etiam est ad causam, ubi comparuerat, sed litem contestari noluerat reus, docente dn. d. Joh. Heinrico Bergero *in elect. proc. execut. th.* 23. *p. m.* 30. Praeterea remedebitur etiam reus causae, si leuterando contra sententiam, quae litis contestationem fieri jussit, dilatorias adhuc urgeat. Id enim cum effectu fieri posse probat Bened. Carpz. *p.* 1. *const.* 3. *def.* 8. Ubi cautela simul annotanda erat excellentissimi Quint. Sept. Flor. Rivini *in spec. except. for. c.* 22. *n.* 8. ut reus negligat quandoque has exceptiones in termino, ut gravamen alicujus leuterationis eo tutius exinde sibi pol liceri possit. Adde, quod in specie satisdationem nondum praestitam obtinendi nova reditura sit occasio, si in termino executionis deponas judicatum, offeras simul reconventionis libellum, et protesteris, ne exsolvatur actori extra territorium degenti vel non possessionato, priusquam cautionem de solvendo in casum succumbentiae praestiterit, juxta *o. p. sax. tit.* 6. §. *Es waere denn etc. o. p. magd. d. anno* 1686. *tit.* 19. §. 3.

§. 20. Praesertim vero quoad peremptorias eximie subvenietur isti, qui exceptione omissa de salute causae periclitatur, si reperiat illi nondum esse satisfactum, quod actori injunctum est circa exceptiones dilatorias, e. g. restituendi spolii, illegitimationis, vel circa alia puncta praejudicialia, quibus praestandis prior sententia particulam *zuförderst*, sive *vor allen Dingen*, addidit. Eo enim usque reo nullum fatale currere, ex eo tuto inferimus, quod nec actori ipsi terminum probatorium currere illo in casu asserat *ord. p. elect. sax. tit.* 9. §. *Es soll aber etc.* Nec prius adversario current fatalia, quam a die insinuatae notificationis a judice impetrandae. Cautela inde insignis erit pro advocato celerem causae finem optante, ne facile causetur, vel sibi vel adversario tale quid imponi, praesertim vero pro actore, ut ante sententiam satisdet, et guarandam praestet. Quod si injunctum quid esse viderint, actor ultro judicato satis faciat, reus jus ex tali sententia quaesitum negligat, quippe quo ipso omne fatale habentis periculum securus evitabit. Quas et cautelas commendat iterum excell. d. Rivinus *in supra cit. specim. exc. for. c.* 22. *n.* 3. *seqq.*

§. 21. Merebitur referri hic casus, quem in causa a. b. contra c. *Böttgern und Consorten* coram praetorio lipsiensi expertus sum. Actori cautio pro reconventione et expensis injungebatur m. martio 1697. quod rei advocatus, astute incurius, nec in ipso termino urgebat, in quo super deserta jam reprobatione disputabatur; consulti tamen Scabini Lips. rati ex officio etiam exceptionem hanc attendendam a judice mens. dec. 1698. pronunciabant: *Dass die eingebrachte Ungehorsams Beschuldigung wegen versaeumten Gegen-Beweises nicht statt hat, sondern es ist Kl. vor allen Dingen wegen Bestellung des Vorstandes der Wiederklage und Unkosten halber unsern am 4. martii des* 1698. *Jahres eröffneten Urthel seines Orts Folge zu leisten pflichtig.* Scriptam cautionem fidejussoris actor exhibuerat, satis nunc sibi visus fecisse, cum constet, si quis scripserit se fidejussisse, videri omnia solemniter acta §. *fin. i. de fidejuss. l.* 30. *ff. de verb. oblig.* possessionem ejus immobilium simul satis docuerat, reo etiam haec facta esse, judex notificaverat, admonito simul, quid fieri velit de juramento super parte libelli adjudicato nondum praestito. Reus ad jurandum tamen sese nondum offerebat, nec erat, quo se excusaret, quam quod satisdationem ideo nondum satis esse praestitam excipiebat, quod ignoret, an fidejussor ipse, an quis alius, cautionem exhibitam scripserit. Pronunciabatur ab iisdem Scabinis m. martio 1700. *Würde der angegebene Bürge sich zu dem fol.* 105. *befindlichen Caution-Scheine gerichtlich bekennen, immassen zuförderst billig geschiehet, so hat Kl. den geforderten Vorstand der Wiederklage und Unkosten halber zur Nothdurfft bestellet, die von selbigen eingebrachte Ungehorsams Beschuldigung aber noch zur Zeit gestalten Sachen nach nicht statt.* Recognoverat cautionem fidejussor per mandatarium specialiter ad hoc legitimatum, atque praestandum novum juramentum super reprobatione, ex parte sibi ex parte reo, delatum et relatum, ipse actor terminum impetraverat, cum notificatione factae recognitionis; nova tamen lite a reo in termino mota inani satis, an ista recognitio per procuratorem fieri potuerit, iterum sententia scabinorum sequebatur: *Dass gestalten Sachen nach, beyderseits eingebrachte Ungehorsams-Beschuldigung nicht statt hat, sondern es sind Bekl. Principalen, weil Kls. Cavent durch einen insonderheit hiezubestellten mandatarium sich zu dem dissfalls ausgestelleten Caution-Schein nunmehro bekannt, zu schweren schuldig.*

§. 22. Memorabilis hanc in rem casus est, quem anno praeterito in judicio mercatorio lipsiensi contigisse mihi relatum est. Pronunciaverant dni scabini lips. in causa *l. Bernds* contra A. R. actorem ante omnia actioni de eadem re coram curia provinciali instituta renunciare, reoque expensas in ista instantia factas restituere debere, injuncta simul probatione intentionis suae. Neutrum cum fecisset actor, reus post duos elapsos menses eum desertionis accusabat. Ast, cum actor repl caret, nondum pro contumaci se habendum esse, adstipulabatur isti sententia dn. scabinorum desuper publicata. Post aliquot hebdomadas reus denuo actorem desertionis arguebat, inque termino ad disputandum statuto graviter querebatur de protractione litis tam frivola. At actor regerebat, reum ipsum in culpa morae esse, qui debebat curare, ut citaretur ad purificandam conditionem adjectam fatali sibi posito, cum actor ipse ad id sponte sua expediendum nullo sit jure coactus, per *ord. proc. elect. sax. tit.* 11. §. *Würde denn etc.* qui et debebat expensas refundendas, ut moderari possent, liquidare. Respondebant dn. scabini lips. nec hanc contumaciae accusationem locum invenire, sed actorem ante omnia judicato satisfacere debere. Ratio decidendi dubio procul in eo erat, quod expresso legis textui sine lege obloqui non liceat: cui nec obstare poterat, quod in arbitrio sit actoris et potestate mera conditionem adimplere et sic processum maturare, quodque hic, dum illud intermittit, pertinax litis protelator poena potius quam lucro exinde capiendo dignus videatur: cum habeat, quod sibi imputet reus non utens remedio, quod ad actorem tali

in casu compellendum lex praescripsit. Nova hinc cautela nascitur pro advocato celerem processum optante, ut curet adversarium citari ad purificandam conditionem: et hoc demum facto fatale a quo computari poterit. Consultius tamen quandoque etiam erit, ut renunciet pars juri ex tali sententia acquisito, et adversario id factum esse notificari per judicem adversario faciat. Nullus enim dubito, quin a die notificationis insinuatae fatale currere incipiat. Quodsi forte ex improviso illa offendet adversarium minus paratum, sentire poterit poenas vexae praeteritae.

§. 23. Sic exceptio peremptoria litis contestationi non fuit subnexa, in reprobatione eam non amplius admitti, liquet ex *ord. proc. elect. sax. tit.* 11. §. *fin. et tit.* 21. §. *Da auch der Bekl. ord. proc. magd. d. anno* 1686. *tit.* 27. §. 1. *ord. cam. p.* 3. *art.* 27. *ut et rec. imperii de anno* 1654. §. 37. Ast salvam semper fore exceptionem facti, qualis est solutionis et compensationis, asserunt Casp. Zieglerus *ad ord. proc. sax. tit.* 21. *verb. attenderet etc.* et ex eo Lud. Günth. Martini *comment. ad ord. proc. sax. tit.* 21. §. 4. *n.* 2. adjecta ratione, quod per eam actio penitus perempta sit, ac proinde etiam in executione opponi illa possit, et ne reum condemnari sine competente adversus eum actione, contingat. Nuperrime etiam m. nov. 1704. a me interrogata respondit fac. juridica lips. reum probaturum exceptionem solutionis et compensationis, quamvis non adjectas litis contestationi, adhuc tamen audiendum esse, praemissa ratione decidendi, *weil die exceptio solutionis et compensationis laut der Process Ordn. tit.* 39. §. 2. *dergestalt beschaffen, dass auch Bekl. damit in ipso termino executionis auff gewisse Masse annoch zuzulassen.* Licet non negem dictum satis videri, nec distinguente ulla allegatarum legum ex professo hanc materiam pertractantium et optimo consilio protelationibus reorum obviantium, eam exceptionem generaliter admitti debere. Quodsi enim prior vel posterior ratio id inferre posset, cur non et omnem exceptionem peremptoriam reliquam his jungimus? cum omnis ea definiatur, quod rem, de qua agitur, perimat. in §. 9. *ff. de except.* Nec iniquum etiam erit condemnari eum, qui contumax neglexit allegare exceptionem sibi competentem, quo de supra §. 2. Ex media ratione id tantum largiar sequi, quod exceptio peremptoria in continenti liquida, litis etiam contestationi non subnexa admittenda sit in articulis reprobatoriis. Quid enim interest actoris id fieri? cum ita comparata et post sententiam opponi possit *decis. elect. sax.* 2. Eoque restringit thesin ipse laudatus Martini *ad tit.* 11. §. 10. *n.* 6. Id monendum adhuc erit, quod in omni casu, quo admittitur probatio exceptionis, quae litis contestationi non erat adnexa, et actori concedendi sint reprobatorii reprobatoriorum, ne scil. defraudetur actor replicationibus suis, quippe quas juste ignorans per elisivos articulos quod caeteris paribus fieri debebat, non potuit deducere una cum probatione sua, disponente ita *ord. proc. elect. sax. d. l.*

§. 24. Adderem hic discrepantiam collegiorum juridicorum super quaestione affini nobis: an reus, qui juramentum super libello a se negato obtulit, postea vero libellum confiteri, et ad exceptiones convolare maluit, ad harum deductionem adhuc admittendus sit? Ne vero ampli nimis simus, sufficiet dixisse affirmative omnino judicatum esse a facult. juridica lips. *in Schwaengerungs-Sachen c. Zenckerin* contra *p. Seydel* coram praefectura lipsiensi mens. martio 1698. et a scabinatu lipsiensi in causa *g. Bergers* contra *j. d. Hüblern* mens. junio 1704. coram judicio mercatorio lipsiensi, licet in utraque causa late allegaverim jus et per delationem juramenti, speciem transactionis habentis *l.* 2. *ff. de jurej.* et per rem judicatam, ut et per *ord. proc. elect. sax. tit.* 18. §. *pen.* praecise praestationem juramenti actualem in termino jurandi sub poena desertionis poscentem, actoribus quaesitum, inficiationemque malitiose satis antea factam, cum totus libellus in facto mere proprio constiterit. Negative tamen responsum esse in fac. juridica witenberg. m. julio 1703. refert et probat d. Johan. Heinr. Bergerus peculiari corollario subnexo *el. proc. pag.* 386. *seqq.* spem simul nonnullam dans theseos lege publica definiendae. Caeterum admonitos hic velim advocatos, ne litem contestantes omittant accurate examinare clientulos de veritate libelli, nec tamen pernegantibus etiam iis facile fidant securi, fore, ut exceptione opus non habeant, cum actore non probante, vel cliente reo jurante, etiam absque exceptione hic absolvendus sit. Saepe enim fallunt, nec ubi ad rem deventum fuerit, jurant. Tutius ergo erit, exceptiones omnes penes litis contestationem conglomerasse, quod fecisse nocebit nunquam, cum tamen casus evenire possit facile, quo id intermisisse valde poeniteat.

§. 25. In casu neglectarum penes lit. contest. exceptionum disputatum memini, quaenam exceptiones peremptoriae nomine generali exceptionis non competentis actionis litis contestationi subnexo salventur? Et visae sunt illae tantum hoc nomine subintelligi posse, quae simpliciter inficiantur, unquam actori jus agendi competiisse, e. g. contractus non perfecti, ut et eae, quae huic actori adversus hunc reum actionem competere negant, quam exceptionem non competentis actionis in specie nominamus, qua de Joh. Zangerus *tract. de except. p.* 3. *c.* 20. Non vero forsan medebitur hoc nomen generale illi, qui sub eo et aliam exceptionem, quae actionem olim competentem sublatam esse postea asserit, qualis est exceptio solutionis, compensationis, praescriptionis etc. subintellectam volet, ea mente, ut has in reprobatoriis nunc deducat. Licet enim largiamur, et has exceptiones sub eo nomine in acceptione latissima prehendi posse: restrictive tamen potius hic interpretandum erat vocabulum, ne rationi et intentioni legis adversi simus, quae ideo exceptiones post litis contestationem nominari cupit, ut actor sciat, articulis elisivis eas refellere. Non autem poterit eas hariolari actor, nec propter justam ignorantiam ad incognitas articulare, quae verba sunt *ord. proc. sax. tit.* 21. §. *Da auch der Beklagte etc.* si actor specialim exceptiones non allegaverit, sed voce tam generali usus fuerit, ut inde plus non patescat, quam si dixisset, se oppositurum exceptiones peremptorias. Quo ipso defraudaretur actor suis replicationibus. Nec aliud dicendum erit, licet et reus praemissis aliquibus specialibus exceptionibus subnexuerit hoc nomen generale. Late et solide tractat hoc argumentum *disput. de artic. elisivis sub d. Bergero Witteb. habita anno* 1696. *th.* 19. *usque ad* 22. Illud hic adjecisse licebit, in casu, ubi melior litis contestatio per sententiam

injuncta, nec tamen, cum haec fieret in articulis istis, qui emendatione opus habebant, exceptiones penes priorem litis contestationem annexae repeterentur, frustra ex hoc capite articulorum reprobatoriorum exceptiones deducentium pertinentiam me impugnasse, coram praetorio lipsiensi, pronunciantibus scabinis in causa *A. B. Lösers* contra *C. G. Meybach* mense septembr. 1704.

§. 26. In processu executivo, quem electoratus sax. agnovit, praecludetur reus exceptionibus etiam iis, quae in continenti sunt liquidae, si omiserit intra tres septimanas a tempore insinuati libelli computandas in scriptis eas una cum copiis documentorum, quibus eas probabit, edere judici per *decis. elect. sax.* 2. Ast suppeditabit tamen eadem decisio exceptionem, quae salvabit exceptiones solutionis et compensationis, quippe quae in continenti liquidae eousque sunt admittendae, donec executio facta erit actualiter. Salvam etiam habebit omnem exceptionem reus, si expresse in citatione sibi injuncta non fuerit a judice editio illarum exceptionum, quod tamen ex officio etiam fieri debebat, monente iterum serio *mandat. elect. sax. de dato Dippoldiswaldae d.* 12. *febr.* 1691. vid. Joh. Henr. Berger. *elect. proc. exec. th.* 37. *p.* 45. ubi non immerito invehitur in socordiam actuariorum, qui nihilominus id facere negligere solent, gravi damno actoris id nunquam toleraturi, si cautus satis videri volet.

§. 27. Post elapsum fatale salva tamen adhuc erit omnis exceptio noviter post fatale demum enata, ut et ea, quam currente adhuc fatali se ignorasse reus jurato affirmabit. Quod remedium addita simul ratione aequitatis pereleganti ipsi suppeditant textus in *capit. 4. x. de except. ord. proc. el. sax. tit.* 11. §. *fin. et tit.* 21. §. *Da auch der Bekl. ord. proc. magd. d. anno* 1686. *tit.* 28. §. 2. Formulam illius juramenti tradunt excell. Barth. Leouh. Suendend. *proc. fibig. p.* 1. *c.* 2. *p. m.* 402. et Lud. Günth. Martini *comm. ad ord. proc. sax. tit.* 21. §. 4. *n.* 10. Ita in specie tali in casu post litis contestationem exceptio spolii adhuc audienda erit, regulariter tamen nonnisi ante eam interponenda Benedict. Carpzov. *proc. tit.* 11. *art.* 6. *n.* 26. Et procedet hoc, licet etiam reliquae exceptiones jam oppositae desertae sint. Ita cum in causa *N. Zehe* contra *C. Staedeln* coram judicio mercatorio lipsiens. reus contumaciae accusaretur de deserto juramento super libello delato, ob quam et pro confesso et pro convicto erat habendus, et hic, se nuper transegisse cum procuratore actoris, exciperet, addita juramenti a procuratore postulati delatione. Actori frustra renitenti injungebatur responsio *die Einlassung* a scabinis lips. mens nov. 1699. qui, cum haec facta esset, pronunciabant, *dass vor allen Dingen Bekl. die vorgeschützte Transaction in drey Wochen zu bescheinigen pflichtig, und ergehet darauff der eingebrachten Ungehorsams Beschuldigung halber ferner, was recht ist, dessen wider Andreen Wagnern beschehenes Suchen und darbey unternommene Eydesdelation aber hat dissfalls nicht statt.* M. jul. 1700 Nulla tamen harum exceptionum admittetur, postquam sententia definitiva vires judicati obtinuit, nisi in continenti fiat liquida. Pariter et istae, lapsis licet fatalibus, adhuc salvae supererunt exceptiones, quae gravamen habent successivum, quales sunt loci non tuti, inepti libelli et id genus aliae, et in specie hae, quae nullitatem inferunt processus, ut illegitimationis, deficientis citationis etc. quo de supra dictum §. 16. seqq. Quippe quas ad speciem noviter exortarum facile referes, ideoque et contra executionem adhuc profuturas, si in continenti sint liquidae.

§. 28. Exceptionibus suo tempore omissis, frustra quaeri remedium in superiori instantia, facile est colligere ex his, quae dicta sunt. Adde ben. Carpz. *proc. tit.* 18. *art.* 6. *n.* 3. *seqq.* Lud. Günth. Martini *comment. ad o. p. s. tit.* 11. §. 10. *n.* 3. *seqq.* Multo minus expectabit id reus in revisione aliqua actorum exulante plane a foris Saxon. *o. p. s. tit.* 37. licet eam agnoscat *o. p. magdeburg. d. anno* 1696. *tit.* 43. §. 5. Ast in prima instantia, quatenus exceptiones in processu amissae in termino executionis adhuc opponi possint, et hinc laboranti causae sperandum sit emplastrum? quaeritur. Et eas quidem quod attinet, quae in ipso processu penes probationem non deductae, nec etiam litis contestationi annexae sunt, illas post sententiam in termino executionis adhuc admitti, si in continenti fieri queant liquidae, statuendum est *arg. l.* 7. §. 1. *ff. de compens. et l.* 8. §. 2. *ff. de neg. gest.* Certum hoc est in elect. sax. de omni exceptione per *dec.* 2. Carpz. *lib.* 2. *resp.* 3. Nec oberit, licet in actis ipsis incidenter aliquando nominatae fuerint Carpz. *resp.* 5. Quod et in eo casu asserere auderem, si in contumaciam reus condemnatus fuerit. De iis vero, quae post factam in processu earum allegationem et deductionem rejectae vel etiam pro desertis pronunciatae sunt, crederem, quod non substitui possint in executionis termino, cum laudato Benedict. Carpzov. *lib.* 2. *resp.* 4. Quod et disponit, non tamen nisi de exc. sola solutionis et compensationis, expressa *ord. proc. magd. d. anno* 1686. *tit.* 46. §. 4. Ostabit enim hoc in casu directo exceptio rei judicatae, quod de exceptione compensationis expresse asserunt *d. l.* 7. §. 2. *ff. de compens. et l.* 8. §. 2. *ff. de neg. gest.* ratio haec tamen cessabit in casu priori, cum sententia dici non possit revera judicasse super puncto in litem nondum deducto. Nec etiam contra hanc sententiam facere textus videtur in *dec. elect.* 2. *verb. so in continenti ex actis erweisslich etc.* quippe quae vel de priori casu vel de aliis actis judicialibus, quam de iis, quae in causa controversa habita sunt, intelligenda sunt. Caeterum ex dictis patescet facile, non semper tutum satis esse, exceptiones in continenti liquidabiles in reprobationem deduxisse, sed expedire quandoque, ut reserventur post sententiam.

§. 29. Exceptio omissa in processu quatenus per modum actionis adhuc intentari possit? longa restat quaestio. Plura enim esse remedia, quae et per modum actionis et exceptionis proponi queunt, liquet ex *l.* 136. §. 1. *ff. de r. j.* Recensuit ista *disputatio desuper habita sub d. Andrea Mylio Lips.* 1685. Et distinguendum esse videtur, an actio nova ad idem tendat, quod petebat et petitura erat exceptio? an non? Posteriori casu locus dabitur actioni, sive opposita, sive omissa, sive rejecta, sive deserta fuerit. Exemplum est in exceptione spolii, quam ut per modum actionis intentantes, nunquam prohiberis, coepto etiam jamjam nec dum finito super eadem re petitorio, per *c.* 5. *x. de caus. poss. et propriet* Georg. Franzk. *exercit.* 14. *qu.* 3. Imo expediet aliquando id fecisse. Agendo enim et petes et impetrabis restitutionem pos-

sessionis ablatae per judicem expediendam, cum excipiendo non plus obtineas, quam ut suspendatur actio contra te instituta, donec restitutus in possessionem fueris. Quid? nec petere licebit excipiendo, ut ipsa haec restitutio injungatur actori, nisi velis et effectum suspensionis simul perdere. Vid. excell. d. d. Barth. Leonh. Suendend. *process. fibig. p. m.* 372. *n.* 192. *et p.* 355. Bened. Carpz. *proc. tit.* 9. *art.* 6. *n.* 30. *et* 36. Si vero tendat nova actio ad idem id, quod antea petendum erat excipiendo, ut scil. aut plane tollatur, aut minuatur actionis prioris intentio; qualis casus obvenit in exceptione impensarum nunc per actionem contrariam ex eodem contractu bilaterali oriundam petendarum, tunc omissam quidem exceptionem, semper adhuc per modum actionis restitui posse credo, sive eodem, sive diverso experiendum sit procedendi modo, vel summario executivo vel ordinario. Cum iterum non possit dici judicatum esse super puncto, qui in litem nondum erat deductus. Rejectam vero exceptionem quod spectat, eo tantum in casu remedium hoc concedo, si rejecta est ideo, quod in continenti probata non erat. Quorsum pertinet ea, quae in processu executivo, vel etiam in ordinario per modum litis ingressum impedientis opposita non tamen satis probata est. Eo enim in casu, super modo saltem probandi in isto processus articulo non satis quadrante, non vero super jure ipso vel meritis causae judicatum erit, indeque nec hic dici poterit, causam ipsam sententia decisam esse. Hinc solent quandoque tali in casu collegia sententiis addere clausulas, in puncto quidem litis contestationis; *Es bleibet aber Bekl. seine exceptiones nach der Krieges-Befestigung zerstörlicher Weise vorzubringen unbenommen*, vel in processu executivo: *und wird Behl. mit seinen exceptionibus in die Reconvention oder zu besonderer Ausführung billig verwiesen.* Et mallem ego in causa ardua petere statim ante sententiam eventualiter, ut clausula ista huic inseratur. Licet enim ea omissa ipsa non pereat exceptio, securior tamen a multae litis periculo hac ipsa reddetur reus. Si vero in casibus nunc dictis ab actore affirmata vel a reo in continenti sat probata, aut si ibi opposita fuerit exceptio, ubi ordinaria probatio admittenda erat, non repeti poterit ea per modum actionis. Nam cum in his casibus super meritis causae pronunciatum esse liqueat, omnino rei judicatae exceptio novae actioni oberit. vid. *l.* 7. §. 1. *ff. de compens.* Ben. Carpz. *p.* 1. *const.* 8. *def.* 5. *n.* 4. Joh. Zang. *de exceptionibus p.* 3. *c.* 17. *n.* 69. adde *disputationem sub illustri* dn. Praeside *habitam, de caus. incid. c.* 6. §. 5. Cautelam hinc expertus sum proficuam pro actore, ubi exceptionem litis ingressum impedituram, licet nondum probatam, tamen et admisi et affirmavi facilis; quo facto, cum nihilominus super litis contestatione pronunciaretur, tutus eram, exceptionem istam non amplius mihi nociturum esse inter peremptorias, cum facile monstrare potuerim, super ipsis meritis illius exceptionis jamjam esse cognitum. Si deserta fuerit exceptio, et quidem in processu executivo, iterum novam tamen actionem reo largiar, in processu ordinario expediendam. Nec enim quid amplius deseruisse dicetur reus, quam probationem in continenti liquidam *vid. disp. supra allegata de articulis elisivis th.* 36. 37. Illam vero quae deserta est in processu ordinario, nollem admittere, ut actione nova denuo resuscitetur, per ea, quae allegavi in §. praecedenti ex Carpz. *lib.* 2. *resp.* 4. Cautus ergo iterum sit advocatus, ne quasvis petitiones adversus actorem sibi competentes corradat, et per modum exceptionis objiciat, saepe etiam causae isti nequaquam connexas; quod saepe fit in compensationibus. Aut si objecerit, curet, ut judex de super pronuncians eam peculiari actioni reservet. Quod monitum est Ben. Carpz. *p.* 1. *const.* 8. *def.* 5.

§. 30. Illud hic notandum adhuc de foro saxonico, quod omissa etiam exceptio, quae opponi poterat, non tamen deduci possit in forum, nec peculiari etiam actione coram judice alio expropter intentata, antequam actio prius instituta et finita, et ei, quod judicatum est in ista, satisfactum fuerit, si scilicet ex causa connexa profluat. Idque ideo, ne scilicet fraus fiat legi saxonicae, quae prohibet, reconventionem, ex capite connexitatis causae concessam, durante adhuc conventione, tractare. Quam in rem clara satis est *const. elect. sax.* 7. *p.* 1. *et ord. proc. elect. sax. tit.* 6. §. *Wie es mit der Wiederklage* vid. Ben. Carpz. *lib.* 2. *respons.* 40. Ac proinde neutiquam actio ex contractu διαλύσω orta instituí poterit, si alter contrahentium actionem alteram, sive directam sive contrariam ex eodem contractu oriundam jam prius instituerit, eoque ipso adversarium praevenerit Omnem enim actionem ex eodem contractu descendentem exceptionem dare contra actionem alteram, causamque connexam dici, certum est, quod probatum dat late Joh. Zang. *de exceptionibus p.* 2. *c.* 1. *n.* 187. *seqq.* ubi et de reliquis causis, quae connexae, quae separatae sint, disseritur. Illam certe causam, quae per modum exceptionis opponi quidem poterat, non tamen connexa sed separata est, qualis saepe est exceptio compensationis, etiam in foro saxonico simul cum actione priori tractari posse, probat solidissime Ben. Carpz. *lib.* 2. *resp.* 41. Lud. Gunt. Martini *ad ord. proc. sax. tit.* 6. §. 1. *n.* 34. *seqq.* Non tamen quadrabit hic §. foris magdeburgicis, cum in his, ut in reliquo jure communi, conventio et reconventio simultaneo processu expediri et possint et debeant, juxta *ord. proc. magdeb. de an.* 1686. *tit.* 19. §. 2. *ut et declarationem ejusdem de anno* 1696. *tit. eodem.*

§. 31. Et reconventio igitur in foro saxonico ansam dabit, de novo exceptionem in processu amissam in litem deducendi, licet et ista in sententia conventionis expresse petita quidem, nec tamen reservata fuerit. Et repetitum hic volumus omne id, quod de casu et omissarum et rejectarum exceptionum dictum in §. 29. De his junge sis Suendend *proc. fibig. p.* 1. *c.* 2. *p.* 774. Circa desertam exceptionem hic contrarius esse videtur *p.* 773. quem tamen pariter ac Berlich. ibi citatum *p.* 2. *decis.* 171. de solo isto casu intellectum vult. *disp.* laudata *de art. Elis. sub.* d. Bergero *th.* 36. *seqq.* si deserta fuerit exceptio in processu executivo. Cautelam hic addere juvat praeceptam ab eximio Bergero *in electo proc. execut. th.* 37. §. 47. ne sc. patiatur advocatus, exceptiones oppositas, actioni non affines, per sententiam in reconventionem ablegari, in quo saepe fallere pronunciata, notat Jctus experientissimus, sed si id contigerit, per leuteralionem petat, ut potius reservetur exceptio separato judicio. Multum enim interesse, utrum factum sit, fatebitur iste, qui pensitabit reconventionem in Sax. no-

tra nonnisi causa penitus finita, et quidem coram eodem judice institutum iri, cum separatum istud judicium pendente etiam adhuc conventione in foro alio intentari possit.

§. 32. Si non supersit remedium in jure, quod restituat exceptionem amissam, refugiet reus ad gratiam principis. Etenim si manifesto probari poterit, defraudatum esse hunc exceptionibus suis per solum fatalium lapsum, adeoque morosum actorem iniquè exigere, quod sibi non debetur, legislatori omnino erit integrum, laesum contra fatalia, non nisi a sua lege dependentia, restituere, quippe cui potestatem dispensandi contra leges mere civiles asserimus, si aequitas id postulaverit, nec adversarius de jure vere sibi competente illo ipso deturbetur. Et hoc in specie dd. extrahi vocant in sufflationem spiritus vitalis, quam phrasin *Accursio* tribuunt *in l. ab hostibus.* 15. *sed quod simpliciter. fin. verb. restitutionis ff. ex quibus causis majores.* vi cujus juris princeps actioni vel exceptioni mortuae spiritum vitae insufflare potest, ita ut vigorem pristinum consequatur, non obstante lapsu alioquin fatali. Camill. Borell. *summa decis. tom.* 1. *tit.* 64. *n.* 17. *et seqq.* Don. Garsias Marsillus *lib.* 3. *decis.* 291. *n.* 13. *et* 17. Natta *vol.* 3. *consil.* 636. *n.* 76.

§. 33. Triste adhuc superest remedium, denunciatio scilicet evangelica, qua reus per strictum jus coactus solvere indebite utetur ita, ut coram consistorio ecclesiastico petat actorem iniquum ad beneficia ecclesiastica prius non admitti, quam id, quod extorsit, restituerit sibi laeso, fundans petitionem suam in eo, quod peccatum non tollatur ante, quam injuste ablatum restitutum est. Quo de remedio agit Joh. Brunn. *jur. eccles. lib.* 3. *c.* 6. §. 9. *et c.* 9. §. 6. Exemplum refert talis denunciationis anno 1650. factae advocatus famigeratissimus d. Heinrich Zipfel. *in tractatu von Wechselbriefen nuper edito*, in quo prolixe disputatum invenies fori competentiam, libellum leges *p.* 655. ejusque supplementum *pag.* 667. decretum, quod reis juramentum super libello delatum injunxerat *pag.* 683. et tandem sententiam pro confessis hos declarantem *pag.* 685.

En igitur theses, quas de materia proposita volante calamo conscripsi. Nec restat quod nunc moneam ulterius quam hoc, quod nolim persuaderi lectori, omnia hic congesta simul esse congrua foris Brandenburgicis, quo forte quem seducere posset dissertationculae titulus, in academia hac typis impressus. Sed potissimum respexi forum Electoratus Saxonici, in quo per plures annos versatus fui. Finis igitur esto cum voto, ut nulli imposterum prosit labor hic meus, hoc est, ut vulnus nemo experiatur, cui remedium sit quaerendum. Interea unusquisque, qui conscientiae suae vulneribus ex originali pariter peccato et quotidiano vivendi genere contractis, medicum parare cupit, mecum, post agnitam corruptionis suae molem seriamque contritionem, ad vulnera Salvatoris nostri recurrat, et aeternam ibi reperiet medicinam.

DISPUTATIO DECIMA QUARTA

DE CONTROVERSIIS FORI SELECTIS,

DIE 17. DEC. ANNO MDCCIV.

RESPONDENTE

AHASVER. TOBIA BEHME.
RUDOLSTADIO-SCHWARTZBURG.

INGRESSUS.

Ex facto jus nasci, antiqua Jctorum regula est: unde in responsis Jctorum, quorum nomina in digestis conspicua sunt, toties, quoties consultationis factae restrictio apparet, se jus secundum proposita applicasse, uti videre licet ex. *l.* 14. *ff. d. reb. cred. l.* 18. *ff. ad l. falcid. l.* 88. §. *ult. ff. eod. l.* 13. *ff. de act. empt. l.* 19. *ff. de test. milit. l.* 14. *ff. da jure codicill. l.* 28. *ff. ad sct. Trebell. l.* 38. §. 1. *ff. de solut.* aliisque locis quamplurimis. Etenim jus ipsum in se satis certum est, nec, ut quidam existimant, infinitae difficultatis. Verum hoc quoad verba legis obtinet, vim vero, et potestatem legum nosse, quod proprium Jcti est *l.* 17. *ff. de ll.* majoris momenti res est: omnium vero difficillimum leges cognitas ad factum propositum applicasse; ad hoc enim praecipue opus est prudentia, aequi bonique rationem pro fundamento habens, ne alias sub auctoritate juris scientiae perniciose erretur, sicuti celsum quondam conquestum esse, refert Paulus in *l.* 91. §. 3. *ff. de v. o.* Quapropter non tantum utile, sed et necessarium est in jurisprudentiae studio, non circa solam legum notitiam occupari, sed quantum possibile, applicando juri ad factum seriam navare operam, utpote quod ad advocati pariter, et judicis officium eo felicius subeundum summopere praeparat

ingenium. Hanc ob causam, cum mihi ex academia discessuro pro more specimen aliquod publicum edendum esset, et variae se offerrent materiae, in quibus ingenii vires experiri licuisset, placuit tamen mihi ex consilio dn. Praesidis selectas quasdam fori controversias, in judiciis jamtum ventilatas, publico examini submittere. Casus quidem illi ante plures annos in foro discussi sunt, quos ipse dn. Praeses mihi benigne communicavit; attamen non defuit hic, quod industriae meae relinqueretur, scilicet, ut in rationes horum casuum paulo plenius inquirerem. Quare non dubito, benevole lector, te hanc instituti mei rationem, utpote proposito meo proficuam, non improbaturum, qui insuper certus sum, te etiam aliquid hic inventurum, quod tibi utile esse, vel saltem displicere non possit. Deum autem invoco, ut huic proposito meo gratiam suam benignissime impertiatur.

RESOLUTIONES CONTROVERSIARUM FORENSIUM.

I.

De principe feudum ab alio principe tenente, et illud demanio suo incorporante, an eo ipso facultatem alienandi vel refutandi amiserit?

SUMMARIA

Casus. n. 1. seqq.
Rationes dubitandi. n. 4. seqq.
Rationes decidendi. n. 9. seqq.
Decisio. n. 18.

1 Princeps quidam imperii, Alexander, certum quoddam feudum, quod tusculanum vocabimus, ab alio principe Casimiro tenebat, quod demaniis suis incorporaverat, et post aliquot annorum decursum eidem principi Casimiro, a quo praedium illud feudali titulo recognoscebat, sub jure antichretico restituit, postea vero plane haereditario jure utile suum dominium in eum transtulit, et ita breviter hoc feudum tusculanum sine consensu statuum provincialium corpori demanio-
2 rum exemit, et domino directo refutavit. Alexandro principe mortuo, successor ejus feudum illud ex demanio alienatum revocare intendebat, unde gravis nascebatur controversia: an ex qualitate demaniali et inde dependente facultate revocandi, vigore *cap. intellecto* 33. *x. de jurejur.* et vi jurium prolixius deductorum a Brunnemanno *consil.* 1. Successor hoc feudum a domino directo revocare possit?

4 Dubium omne in hoc versabatur, an plane qualitatem demanii praedium illud assumserit? Etenim refragari videbatur genuina demaniorum indoles, quae scilicet communiter ita describitur, quod demanium sit patrimonium reip. principi concessum ad subsidia
5 aulae statusque sui inde capienda; unde nec in principis, et ipsius reip. patrimonio esse dicuntur, illi tantum usufructu in his bonis relicto Grot. *de jure*
6 *bell. et pac. lib.* 2. *c.* 6. §. 11. At vero feudum tusculanum non jure seu beneficio populi, sed ex contractu majorum cum alio principe inito, sub nexu feudali tenebat, ideoque in eo principi Alexandro non minus juris relinquendum, quam quod quisque nobilium in feudo suo a principe obtento habet, cui sine consensu domini utile dominium in quemcumque extraneum transferre permissum est. 2. *feud.* 9. §. *do-*
7 *nare et* 2. *feud.* 55. Imo in jure feudali plane tralatitium est. Vassallum utile suum dominium in manus domini feudi, quandocumque ipsi libuerit, resignare et refutare posse. 2. *feud.* 26. §. *Titius et* 2. *feud.* 58. Vultej. *de feud. lib.* 1. *c.* 10. *n.* 130. Struv. *de feud. c.* 12. *th.* 14. ut hinc frustra statuum provin- 8
cialium consensus desideretur circa bona ab ipsis non profecta.

His tamen non obstantibus, aliis aliter visum fuit, 9
scilicet demaniorum causam et qualitatem non ex sola liberalitate statuum provincialium repetendam esse, sed unum quamvis principem demanium suum ex bonis undecumque quaesitis augere posse, si illa per incorporationem ad perpetuam principatus et successorum utilitatem destinaverit. Rosenthal. *de feud. c.* 4. *concl.* 34. Brunn. *cons.* 1. *n.* 68. Sicuti enim bona 10
ab episcopo mensalibus suis bonis juncta, pariter naturam mensalium assumunt. Gilielm. Redoan. *de rebus eccles. non alienand. quaest.* 55. *n.* 75. Menoch. *de arbitr. judic. quaestion. lib.* 3. *cas.* 433. *n.* 9. *et seq.* Certe idem quoque in demaniis regum et principum 11
locum habere debet, ut quicquid incorporatum vel unitum est bonis aliis demanialibus, pro demaniali reputetur. Renat. Choppin. *de demanio regn. Franciae lib.* 1. *tit.* 2. *n.* 1. *et seqq.* Masch. *de probat. concl.* 203. *n.* 11. Menoch. *consil.* 79. *n.* 10. Nec ullibi ex- 12
igitur, ut haec bona incorporanda princeps jure pleni dominii possideat, cum bona utilis dominii jure possessa, quatenus domino directo inde non infertur praejudicium, aequali arbitrio principis possidentis sint subjecta. Unde fructus fundi tusculani redditibus demanialibus adscripti, aeque augent demanium, quam si plena proprietas eo relata foret. Et hinc in prae- 13
senti casu, quia feudum illud non personae principis Alexandri, sed omnibus quoque ejus successoribus in principatu concessum erat, indeque post incorporationem perpetuum quoddam augmentum demanio accesserat, successori principatus illa revocandi jus est. Ut taceam, princeps Germaniae plerosque demanio 14
sua et praefecturas ab imperatoria majestate et imperio in feudum accipere et recognoscere. Bruckner. *de demanio c.* 6. *n.* 34. Postquam itaque inter prin- 15
cipem Alexandrum et status ipsius provinciales generaliter conventum erat, ne bona semel demanio quaesita sine ipsorum consensu alienarentur, dici amplius 16
nequit, principi eamdem libertatem alienandi superesse, quam cuicumque vassallo nobili; cum certum sit, minus juris principem in demanio, quam privatum in suis bonis habere. Brunn. *consil.* 1. *n.* 267. Quo 17
ipso etiam corruit libera facultas feudum hoc demanio incorporatum domino directo refutandi, cum li-

bertas haec per literas reversales jam restricta sit; sicuti nec in alio feudo vulgari haec refutatio amplius permissa est, si aliis per simultaneam investituram prospectum sit. Struv. *de feud.* c. 12. *th.* 14.

18 Hinc conclusum, etiam rem utilis dominii jure possessam demanio incorporari, nec incorporatam amplius alienari, aut ipsi domino directo refutari posse, sed si hoc factum sit, successori principis Alexandri jus revocandi feudum hoc tusculanum omnino salvum esse, hac tamen lege, ut illud porro jure feudi a principe Casimiro recognoscat.

II.

De jurisdictione criminali a civitate municipali contra officialem principis praescripta.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 9. *seqq.*
Decisio. n. 18.

1 In civitate quadam inferioris Saxoniae princeps certum quemdam constituit officialem seu praefectum urbis, per quem illa, quae ad curam et salutem civitatis, praecipue vero ad jurisdictionem criminalem pertinent, expedirentur; quo non obstante civitas ipsa varios actus meri imperii exercuit, quae res ansam
2 controversiae dedit. An civitas per praescriptionem in exercitio jurisdictionis criminalis contra praefectum urbicum se tueri possit?

3 Equidem ex translatione quadam de anno 1526. inter principem et civitatem inita, haud obscure apparebat, non senatui, sed praefecto urbico merum imperium competere, et cum ejusmodi transactionis non minor vis ac auctoritas sit quam rei judicatae,
4 *l. non minorem* 20. *c. de transact.* jus indubitatum inde contra senatum ad exclusionem a mero imperio natum esse videtur, quod nec imperatoria auctoritate
5 tolli potest, *l.* 16. *c. de transact.* Et utut interim quosdam meri imperii actus exercuerit senatus, hoc tamen non sine contradictione praefecti factum, quo ipso possessionem quietam non habuit, quae tamen necessaria est, si talium jurium praescriptio interrumpi
6 non debeat, per *l.* 2. *c. de praescript. long. temp.* Imo vel hoc tandem concedendum, praefectum urbicum in antiquiori possessione exercitii jurisdictionis criminalis fuisse; jam vero antiquior possessio semper praeferenda recentiori *cap. licet causam* 9. *x. de probat.*
7 et ibi Barbos. et Gonzalez. *in commentar.* Menoch. *vol.* 6. *consil.* 515. *n.* 5. praesertim si antiquior possessio etiam gaudeat antiquiori titulo. Menoch. *remed.*
8 3. *retinend. possess. n.* 736.

9 Verum enim vero ipse senatus pro se allegabat, quod jamtum anno 1560. reum homicidii, qui ipsius principis officialis erat, in carcerem conjecerit, et cum ad intercessionem principis et aliorum ex principis agnatione ducum dimiserit; hinc ex hoc competentiam jurisdictionis criminalis colligi posse existimat, cum intercessione non opus sit apud eum, cui nullum jus competit, et princeps regens officialem suum, ab incompetente judice captum, per mandata poenalia de
10 relaxando captivo liberare potuisset. Quod vero contradictiones praefecti urbici attinet, senatus illis non acquievit, sed a camera imperiali mandata cassatoria de non impediendo administrationem justitiae impetravit. Imo tandem causa ad cameram devoluta *anno* 11
1619. inter principem et civitatem transigendo composita, et jurisdictio criminalis cum omnibus suis gradibus civitati relicta. Ex quo sequitur, praefectum ur- 12
bicum denuo hanc controversiam resuscitantem a limine judicii repellendum esse. *c.* 1. *de lit. contest. in 6to l.* 23. § 3. *ff. de condit. indebit.* Tandem enim litium finis esse debet. *l. fratris* 10. *c. de transact. et ibi dd.* Accessit postea principum subsequen- 13
tium confirmatio, qua plenum robur illi transactioni quaesitum. Klock. *vol.* 3. *consil.* 155. *n.* 125. praesertim, quod illae confirmationes aliquoties repetitae fuerint, cujus geminationis vis est maxima. Klock. *d. cons.* 155. *n.* 148. *et seqq.* Porro et hoc senatui suf- 14
fragatur, quod ab eo tempore varios actus meri imperii ultra quadraginta annos exercuerit, et ita praescriptione munita sit, nam et jurisdictionem per praescriptionem legitime acquiri posse, praesertim moribus nostris ubi patrimonialis eadem est, consentiunt dd. Matth. Stephan. *de jurisdict. lib.* 1. *c.* 38. *n.* 33. *seqq.* Tob. Paurmeist. *de jurisdict. lib.* 1. *c.* 21. *n.* 2. *et n.* 14. Et hoc etiam in meri imperii praescri- 15
ptione obtinet, quod per 30. et 40. annos quaeratur. Paurmeist. *d. c.* 21. *n.* 2. *et n.* 36. Fachin. *lib.* 8. *controvers.* 23. Christineus *lib.* 5. *decis.* 167. *n.* 6. Balbus *de praescript. part.* 2. *part.* 5, *princip. n.* 1. Imo tantum tempus sufficit, etiam si titulus non ad- 16
sit; qui tamen hoc casu ob transactionem et patientiam principis, continuatumque quietum exercitium illorum actuum, qui ad merum imperium spectant, non deficit. Nec prodesse potest praefecto urbico an- 17
tiquior illa transactio *de an.* 1526. utpote quae a senatu non subscripta, nec sigillo civitatis munita, imo recentiori transactione sublata, praesertim, cum per centum annos, nullum actum meri imperii praefectus ille exercuerit.

Hinc decisum, praefectum urbicum a limine judicii 18
repellendum, et senatum in libero exercitio meri imperii defendendum esse.

III.

De jure exigendi locarium in nundinis, ab illis qui res in foro venales habent.

SUMMARIA

Casus, n. 1.
Rationes dubitandi. n. 2. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 5. *seqq.*
Decisio. n. 12.

In eadem civitate lis movebatur senatui a praefecto 1
urbico circa exactionem locarii illius, quod ab illis, qui res in foro venum exponunt, pro statione vel loco quem occupant, praestari solet, vulgo *das Stette-Geld. sive Marckgeld*, quod sibi deberi urgebat praefectus, contradicebat senatus;

Ille pro se allegabat, quod collectae regulariter non 2
ad civitatem, sed ad superiorem pertineant, cum jus exigendi collectas ex praecipuis principum regalibus sit, quapropter cum sibi cura rerum civitatis a principe commissa sit, pro onere hoc, leve illud commodum, quod ex ejusmodi pecunia forensi redundare

poterat, sibi potius quam senatui oppidano relinquendum esse; praesertim, cum non insolens sit, praeteritis et scultetis urbicis compendium aliquod ex rebus in foro venalibus relinquere, ob partem curarum quam hoc nomine sustinent. *l.* 1. §. *cura carnis. ff. de off. praefect. urb.* Provocabat insuper ad possessionem, quod jam bina vice nundinis hanc pecuniam exegerit, eaque propter se in possessione sua defendi petebat.

5 At vero senatus pro se allegabat quasi possessionem immemorialis temporis exigendi hanc pecuniam forensem a venditoribus, quae possessio vim specialis privilegii habet, adeo, ut et regalia tanto tempore acquiri possint, *cap. super quibusdam.* 26. §. *praeterea de v. s. et ibi Barbosa.* Covarruvias *lib.* 1. *var. resol.* 6 *c.* 17. *n.* 11. Quod tunc praecipue procedit, si magistratus superior actus ejusmodi ab inferiore exerceri non ignoraverit, ejusque exercitio non contradixe- 7 rit. Jac. Thoming. *consil.* 22. *n.* 68. Quamvis etiam hic de tali collecta non agatur, quae respectum habeat ad jura superioritatis, sed tantum compensationem respiciat onerum a senatu oppidano sustinendorum, quo casu ipsi collectae impositionem sciente et non contradicente principe competere, in terminis probavit Georg. Mundius *de mun. et honor. cap.* 2. 8 *n.* 396. Bocer. *de jurisd. c.* 8. *n.* 93. Imo consuetudine communi totius Germaniae receptum esse dicit Wesembec. *p.* 1. *consil.* 12. *n.* 67. pecuniam forensem, *das Marchgeld*, ad civitatem et senatum propter onera communia sustinenda, non vero ad superiorem pertinere: cum enim forum sit res universitatis seu civitatis §. *universitatis.* 6. *instit. de rer. div.* et ipse senatus plateas et forum ipsum, quo venditoribus aptum sit, reparare teneatur, proventus quoque fori ipsi non denegandi; quod adeo consuetudine invaluisse, We- 9 sembec. *d. n.* 67. asserit, ut nequidem probatione indigeat; cui adstipulantur Paul. Matth. Wehner. *observat. pract. voce Bodenzinss.* Thom. Michael. *de jurisd. th.* 137. *lit. d.* Mundius *de munerib. cap.* 6. *n.* 98. Dither. *addit. ad Betoldi thes. pract. voce* 10 *Marckrecht.* Ad actus possessorios a praefecto urbico allegatos regerebatur, exactionem ab ipso susceptam proficere non posse ad possessionem antiquissimam civitatis intervertendam, sed illam pro mera turbatione reputandam esse, praesertim cum lite pendente facta sit, qua durante nemo in possessione sua turbandus *t. t. x. ut lite pendent. nih. innovet.* Capitius 11 *decis.* 189. Imo notum est, actus ejusmodi turbativos, qui liti occasionem dederunt, non mereri manutentionem. Postius *de summariissimo possessorio obs.* 17. *n.* 44. *et seqq.*

12 Hinc senatum oppidanum in exactione pecuniae forensis defendendum, et praefecto Urbico ut a turbatione imposterum desistat, injungendum esse, decisum fuit.

IV.

Privilegium immunitatis alicui ex civibus a principe concessum, an principem ipsum, an alios cives gravet?

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *et seqq.*
Rationes decidendi. n. 12. *et seqq.*
Decisio. n. 21.

Princeps quidam imperii archiatro suo optime me- 1
rito privilegium immunitatis a tributis concesserat intuitu aedium sub senatu siturum, et omnibus oneribus civis alias subjectarum; cum autem privilegio hoc non obstante senatus illius civitatis, in qua princeps ipse residebat, ab archiatro illo exigeret solutionem onerum consuetorum, in specie *den Schoss*, hic autem 2
de privilegio exciperet, in controversiam vocatum, an haec exceptio relevans esset ad repellendum senatum a praetenso tributo?

Pro medico hoc aulico militabat principis potestas 3
et satis declarata voluntas. Quoad prius enim in con- 4
fesso est, jus concedendi immunitatem a tributis ad jura superioritatis pertinere, cum ab illo, a quo dependet collectarum impositio, dependeat etiam a collectis exemptio, *l.* 11. *ff. de vacat. muner.* Ziegl. *de jur. maj. lib.* 2. *c.* 2. §. 43. Quod eo magis procedit, 5
si benemerita illius, qui immunitatem impetravit, praecesserint, quippe meritorum causa ita favorabilis est, ut et ipse resp. ad illa compensanda obligetur, *a. l.* 1. *c. de assess. l. f. g. de stat. et imagin.* et hinc 6
tale privilegium non pro gratuito aut mero beneficio sed pro contractu aut titulo oneroso reputandum, Marquard. *de jur. mercat. lib.* 1. *c.* 6. *n.* 38. Menoch. *lib.* 3. *praesumpt.* 103. *n.* 13. Zoes. *ad tit. ff. de constit. princip. n.* 30. quae merita in praesenti casu eo minus in dubium vocanda, cum non tantum ipse princeps illa in privilegio expresserit, sed et quod illic loci notorium sit, medicum illum pro vita et salute principis hactenus per aliquot annos omnem diligentiam impendisse, ut hinc a reliquis civibus ipsi commodum hoc non invidendum: unde etiam dd. con- 7
cludant, quodsi princeps alicui immunitatem concesserit ob benemerita, hoc onus sive partem ex tributis remissam reliquos cives in se recipere debere, Klock. *de contribut. c.* 16. *n.* 37. Surdus *consil.* 278. *n.* 15. Accedit, quod in quibusdam civitatibus muni- 8
cipalibus medicis ordinariis sive physicis haec immunitas lubenter concedatur, et a reliquis civibus sublevetur, cur vero non et idem liceret principi? De 9
voluntate autem ejus hic multo minus dubitandum, cum emphaticis clausulis hoc privilegium munitum sit, scilicet quod *ex certa scientia et motu proprio* hanc immunitatem concesserit, eamque a successoribus illibatam servari velit; jam vero clausula ex certa scientia magnae efficaciae est, Felin. *in cap. non-* 10
nulli. 28. *x. de rescript.* Et quod *motu proprio* concessit princeps, hoc majoris efficaciae est, quam si ad instantiam partis; inde privilegia ita concessa plenius interpretanda, Enenckel. *de privileg. lit.* 2. *c.* 4. *n.* 22. Peddit enim motus proprius gratiam principis 11
favorabilem, Matta *de clausulis, claus.* 73. *n.* 4. Petr. Anton. de Petra *de jur. quaesit. per princip. non tollendo. c.* 32. *dubit.* 2. *n.* 6.

Verum in eodem casu occurrebant variae quae prin- 12
cipis voluntatem in dubium vocarent. Extabat enim conventio inter principis majores et senatum jam anno 1618. initum, ubi senatui jus exigendi onera illa consueta ab omnibus indistincte aedibus concessum, et simul adjectum, si forte quis exemptionem impe-

trare velit, *illam non aliter concedi debere, nisi*
13 *consentiente senatu*, subjecta insuper clausula derogatoria futurae contraventionis; quae pacta majorum, cum principem successorem obligent, praesertim, qui jure haereditario successit, Reinking. *de regim. et*
14 *ecclesiast. lib.* 1. *class.* 3. *c.* 10. *n.* 8. certe non poterit princeps successor illis pro lubitu derogare; nec praesumendum est, ipsum hoc facere voluisse, cum enim in illa conventione cum senatu clausula derogatoria, ne scil. huic contraveniatur, fuerit inserta, illius iterum mentio in novo hoc privilegio faciendo
15 fuisset. Quoties enim lex, vel conventio, contra quam princeps rescribere vult, munita est clausula derogatoria, requiritur specialis expressio privilegii vel clausulae, ut dicat princeps, non obstante illa lege se hoc jubere. dd. cit. Trentac. *lib.* 1. *resol. tit. de rescript. re*
16 *solut.* 6. *n.* 12. *vers. in secund. cas.* Alias enim talis clausula derogatoria actum posteriorem reddit ipso jure nullum, sicut id in terminis casus praesentis abunde probat Kloch. *de contrib. c.* 16. *n.* 173. *et n.* 176. Et cum hac ratione praejudicium senatus aliorumque civium in comperto sit, nihil operari poterunt superius ad-
17 ductae clausulae. Ut enim taceam, illas plerumque ex favore concipientis erga impetrantem rescriptis inseri, ita quoque in confesso est apud dd. clausulam *motus proprii* in praejudicium tertii nihil operari. Petra *d. c.* 32. *dubit.* 2. *n.* 14. Barbosa *de clausul. usu frequent. clausul.* 79. *n.* 42. Unde privilegium contra jus alterius confirmare nequit. Mulla *clausul.*
18 73. *n.* 5. Imo tandem verissima haec sententia est, si princeps aliquem oneribus eximere velit hoc in ipsius praejudicium explicandum esse, ita ut defectus ille non supplentur e reliquis civibus, sed principi portio privilegiati detrahatur. Carpz. *lib.* 4. *resp.* 75. *n.* 23. Mev. *part.* 7. *decis.* 30. *n.* 3. Ziegler. *de jur. maj. lib.* 2. *c.* 2. §. 44. quam sententiam camera imperialis in judicando approbavit Michael. *de jurisd.*
19 *concl.* 27. *in f.* Nec operabuntur hic quicquam allegata merita quippe quae non ipsum remp. afficiunt, nec singularia sunt, sed plane ordinaria, ad quae medicus ille vi officii obligabatur, et quae ipse princeps per annuum salarium satis compensabat, talia autem merita aliam remunerationem expectare non debent, Knichen. *de vestitur. pact. part.* 1. *c.* 3. *n.* 184. Ma-
20 scard. *de probat. concl.* 186. *n.* 4. Nec tandem quod de physico civitatis asserebatur, huc in argumentum trahi potest, cum civibus volentibus sustinere onera alterius non fiat injura.

21 Hinc concludebatur, exceptionem privilegii immunitatis senatui opponi non posse, sed archiatrum ad illa solvenda obligari, nisi a principe declarationem impetraverit, quantitatem sedibus ipsius incumbentem, civitati ab aliis oneribus principi praestandis detrahendam esse.

V.

De manutentione aliquando contra rem judicatam concedenda.

SUMMARIA

Casus. n. 1. *et seqq.*
Rationes decidendi. n. 8. *et seqq:*
Decisio. n. 15.

1 Ventilabatur quondam coram consistorio pomerano prussico inter duos nobiles Sempronium et Javolenum controversia super jure vocandi pastorem ecclesiae, quae tandem per sententiam ita decisa, quod Sempronius in summariissimo juris patronatus defendi tamdiu debeat, donec Javolenus in possessorio ordinario vel petitorio jus suum melius deduxisset. Javolenus contra hanc sententiam implorabat beneficium restitutionis in integrum ob rationem, quod sententia lata esset contra rem jamdudum judicatam; inde dubitabatur: an in possessorio summariissimo pro illo ju- 2
dicari potuerit, qui rem judicatam in petitorio contra se habebat.

Pro Javoleno admodum faciebat sententia pro ante- 3
cessoribus suis jam *an.* 1603. *d.* 20. *oct.* lata et vim rei judicatae adepta; jam vero rei judicatae tanta est auctoritas, ut ejus effectus ne quidem rescripto imperatorio infringi possit *l. fin. c. quor. appellat. non recipiunt.* Unde etiam sententia contra rem judicatam, 4
in actis allegatam, lata est ipso jure nulla. *l.* 2. *ff. quo sent. sine appell. rescind. et l.* 1. *c. quando provoc. non est necess.* Ubi itaque per sententiam con- 5
stat de dominio spoliatoris, ibi remedia spoliatis concessa cessant. Menoch. *recuper. poss. rem.* 1. *n.* 233. Nam exceptio rei judicatae repellit omnem agentem 6
c. 1. *de lit. const. in* 6. ubi vero constat de petitorio, frustra quis defenditur in possessorio, *c.* 6. *x. de caus. propr.* ut taceam actus quosdam possessorios ju- 7
ris patronatus a sua quoque parte allegasse Javolenum e. g. quod redditioni rationum ecclesiasticarum interfuerit, quod aliquem ad pastoratum commendaverit, qui etiam ad hoc officium promotus fuit.

Attamen judicatum illud nunquam ad executionem 8
deductum erat, et ita effectus judicati ad instar aliarum actionum civilium 30. annis exspiraverat, *l. sicut.* 3. *c. de praescript.* 30. *ann.* adeo, ut si res judi- 9
cata executioni non mandata, manutentio contra illam locum habere possit. Postius *de summariissim. pos-* 10
sessor. obs. 66. *n.* 1. Accessit etiam patientia 60. annorum, ubi Javoleni antecessores passi sunt vocationem ministrorum ecclesiae a Semproni expediri, quo ipso novum jus contra rem judicatam obtinuit. Ant. Faber. *in c. lib* 7. *tit.* 13. *def.* 12. *n.* 5. Quando enim 11
rei judicatae renunciatur per patientiam, et actus contrarii admittuntur, tunc alter non obstante re judicata in sua possessione manutenendus. Postius *d. obs.* 66. *n.* 5. Nec attendendum ad illos actus, quos Javolenus 12
pro se allegavit: illi enim sufficienter probati non sunt, nec etiam sufficiunt ad jus patronatus probandum, cum rationibus ecclesiasticis aliquis ut testis interesse possit, et commendare ad parochiam, non sit vocare: illud extraneo etiam non interdictum; hoc 13
solius patroni est. E contrario Sempronius plurimos actus possessorios non interrupto ordine allegavit; et abunde probavit. Jam vero in judicio possessorio pro illo etiam judicatum, qui possessionem suam validioribus et melioribus rationibus deduxit; Menoch. *re-*
tin. poss. rem. 3. *n.* 718. nam et in manutentione 14
probationes in suo genere ita concludentes esse debent, ut inducant judicem ad indubitatam credulitatem: Postius *d. l. observ.* 38. *in fin.*

Hinc pronunciatum fuit, empronium non obstante 15
re judicata, sed ad effectum non deducta, in possessorio juris patronatus defendendum esse.

VI.

De sententia in possessorio summariissimo super jure patronatus lata neque per appellationem neque per restitutionem in integrum rescindenda.

SUMMARIA

Casus. n. 1. seq.
Rationes decidendi. n. 3. et seqq.
Rationes dubitandi. n. 6. et seqq.
Decisio. n. 15.

1 In eadem causa, cum sententia in possessorio lata summopere displiceret Javoleno, ad ejus effectum suspendendum interposuit remedium restitutionis in integrum, ubi se opponebat Sempronius, in hoc summariissimo possessorio illud admittere nolens: disputabatur itaque, an audiendus esset Javolenus?

3 Equidem in Pomerania remedium restitutionis non extraordinarium est, sed plane ordinarium, quod contra omnem sententiam gravantem locum habere pot-
4 est. vid. *ordinat. dicast. Pomeran.* Mev. *p.* 2. *dec.* 66. Adeo, ut judex ibi in admittenda hac restitutione
5 se difficilem praebere non debeat. Mev. *part.* 5. *dec.* 5 cum idem ejusdem favor sit, quam appellationis, quae tamen certo modo etiam in possessorio momentaneo admittitur. Dd. *in l. unic. c. si de moment. possess. appell.*

6 Quia vero haec admissio restitutionis tamquam remedii ordinarii terminos habiles non excludit, si scilicet causa ipsa remedia suspensiva non respuat; jam vero lis super jure vocandi pastorem ecclesiae vertitur, quae causa ob maximum interesse et periculum ecclesiae, quod interim sentit, dum certo pastore destituitur, summaria est, et celerem expeditionem requirit, uti causae ecclesiasticae omnes. Carpz. *de process. tit.* 1. *artic.* 2. §. 34. Tali vero casu, ubi celeritas requiritur, appellatio hoc effectu, ut executionem remoretur, non admittitur. Carpz. *jurispr. eccles. lib.* 2. *def.* 395. *n.* 11. vid. dd. *in d. l. un. c. si de*
8 *moment. poss.* Ergo nec restitutio in integrum admittenda, quia et haec quoad effectum suspensivum appellationi comparatur *l.* 32 *cap. de transact.* Mev. *part.* 2. *decis.* 297. *n.* 2. Conf. *ordinat. proc. Pomer.*
9 *tit. Von Wiedereinsetzung in vorigen Stand.* Et de jure communi quoque, si quis per extraordinarium remedium restitutionem in integrum petierit; utut alias sententiae executionem suspendat. *l. un. c. in integr.*
10 *restit. post et ibi dd.* tamen si vel probationes inducitatae a parte adversa in continenti non fuerunt oblatae, vel etiam res ipsa dilationem non patiatur, sed celeritatem requirat, non obstante petita restitutione, sententia executioni mandanda. Menoch. *rem.* 4. *adi-*
11 *pisc. poss.* 911. Et quamquam dd. statuant, quod ubi in possessorio momentaneo appellatio prohibita, restitutio tamen in integrum nunquam censeatur sublata.
12 Men. *rem.* 4. *de adipisc. poss. n.* 907. Attamen maxima differentia est inter restitutionem consideratam ut remedium extraordinarium ex justa et gravi causa a praetore indultum, et consideratam ut remedium ordinarium in certa provincia contra omnes sententias gravatorias concessum. In casu posteriori comparatur appellationi quantum ad effectum suspensivum, ita
13 ut a prohibita appellatione ad prohibitam restitutionem procedat argumentum. Mev. *part.* 2. *decis.* 297. *n.* 2. Et cum hic testantibus actis in summariissimo possessorio juris patronatus actum sit, et dd. unanimiter concludant, hic appellationi quantum ad effectum suspensivum, locum non esse, sed quod illa non obstante sententia executioni mandanda sit. Menoch. *remed.* 4. *adipisc. possess. n.* 828. Matth. de afflict. *decis.* 269. Fachin. *lib.* 1. *controvers.* 75. Carpz. *lib.* 1. *resp.* 13. *num.* 8. Postius *de summariissim. possess. observ.* 106 *n.* 37. et idem quoque hoc in leuteratione 14
obtineat, quod nec haec admittenda sit. Carpz. *proc. tit.* 17. *artic.* 4. *n.* 17. Rauchbar. *part.* 2. *quaest.* 6. *num.* 8.

Hinc pronunciatum, petitae restitutioni in integrum hic locum non esse, sed Javolenum ordinario 15
judicio praetensum jus patronatus ut doceat, obstrictum fore.

VII.

Separatio bonorum quatenus moto concursu creditorum circa feuda locum inveniat?

SUMMARIA.

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *et seqq.*
Rationes decidendi. n. 8. *et seqq.*
Decisio. n. 17.

Decedebat nobilis F. V. K. variis feudis relictis, 1
sed gravi aeris alieni onere gravatis, eapropter cum allodium illi solvendo non sufficeret, sed creditores etiam ex feudis satisfactionem peterent, inter hos vero paterni creditores cum his, qui cum filio contraxerant, quorum quidam singulari privilegio gaudebant, disceptarent, controversia suborta est, his ad privilegium praelationis, illis ad separationem provocantibus; aliis vero quatenus hic concursus bona feudalia respiceret, separationis beneficium plane non admittendum esse, contendentibus. Inde quaestio move 2
batur, an creditores paterni simplices vi praetensi juris separationis praelationem, etiam in ipso feudo, prae creditoribus filii, singulari jure praelationis gaudentibus, ex quorum numero dos erat, illata a filii uxore, praetendere possint.

Equidem ab initio obvertebatur, juri separationis 3
dudum praescriptum esse, utpote quod nonnisi intra quinquennium ab adita haereditate locum habere potest, *l.* 1. §. 13. *ff. de separat.* quod quinquennium usu fori adhuc observari testis est, Carpzov. *part.* 2. 4
constit. 3. *def.* 4. *et lib.* 4. *resp.* 18. Richter. *de privil. credit. disp.* 2. *p.* 47. Deinde quod dotem concer- 5
nebat, haec notorie omnibus aliis creditoribus anterioribus, etiam expressam hypothecam habentibus, praeferenda est, *l. assiduis.* 12. *c. qui potior. in pignor.* Iniquum ergo foret, hanc chirographariis filii creditoribus, vel simplicibus hypothecariis postponere. Ubi 6
simul separationis beneficium etiam quoad usuras desiderantibus, iniquitas petitionis opponebatur, cum illic loci, ubi concursus movebatur, expediti juris esset, usuras in concursu non deberi, nisi creditoribus omnibus de sorte prius satisfactum esset, Richter. *de privileg. credit. c.* 7. *n.* 50. Carpz. *p.* 1. *const.* 28. *def.* 160.

Verum enim vero quantum ad tempus beneficii se- 7

parationis, praxin uniformem non esse, sed multis in locis illud etiam post quinquennium obtinere, testis est Brunnem. ad Wesembec. *tit. de separat. quaest.* 8 4. Hahn. ad Wesenbec. *d. t. num.* 4. imo in ducatu Megapolitano specialis constitutio est, *de dato Schwerin d.* 29. *januar. anno* 1647. quod nulla praescriptio separationis beneficio obstare debeat; quod tamen sine dubio intelligendum, si modo adhuc possibile sit, bo- 9 na defuncti a bonis haeredis distinxisse. Deinde admissa licet quinquennali praescriptione illius beneficii, attamen haec nonnisi chirographariis filii creditoribus opponi poterit; cum vero non pauci ex creditoribus paternis hypothecam habeant, his sane haec praescriptio obesse nequit, cum ipsa hypotheca quinquennio non expiret, Mev. *part.* 5. *decis.* 260. Carpz. 10 *lib.* 4. *resp.* 18. *n.* 3. Richter. *d. disp.* 2. *p.* 48. Quod autem privilegiati creditores filii, paternis minus privilegiatis postponendi sint, hoc ex facta separatione necessario sequitur; separatio enim id efficit, ut bona defuncti et bona haeredis, separatim, tamquam duorum patrimonia, considerentur *l.* 1. §. 1. *verb. Ut sic quasi duorum ff. de separat.* et ita defuncti bona pariter reputentur, quam si haereditas nunquam adita fuisset *l.* 1. §. 6. *et l.* 5. *ibi. quasi defuncti bona ff. d. t.* Manz. *patrocin. debitor. decad.* 3. *quaest.* 10. 11 *n.* 49. Hinc creditores filii respectu horum bonorum pro extraneis reputantur, et sic cum debitoribus paternis de prioritate frustra disputant. Vid. Carpzov. 12 *part.* 1. *const.* 28. *def.* 40. Ex quo ulterius sequitur, etiam usuris eamdem praelationem deberi. Carpzov. *d. constit.* 28. *def.* 160. Hahn. ad Wesenbec. *d. t. n.* 3. ita tamen, ut inter ipsos creditores beneficio separationis gaudentes regula illa salva maneat, usuras, nonnisi omnibus de sorte satisfactum, solvi de- 13 bere. Quod vero in specie dotem a filii uxore illatam attinet, haec consensu domini feudi munita erat, itaque cum omnis efficacia hypothecae feudalis ex consensu domini dependeat, Brunnemann. *de concurs. creditor. c.* 5. §. 22. Gail. *lib.* 2. *obs.* 154. *num.* 1. Berlich. *part.* 2. *concius.* 55. *num.* 80. hoc autem consensu hypothecarii paterni destituantur; merito, quantum ad feudalia bona, creditoribus paternis prae- 14 ferenda fuit uxor: ut taceam, jus separationis tantum in bonis allodialibus, non feudalibus locum habere, 15 Carpzov. *part.* 1. *decis.* 73. *n.* 9. quod tamen ad feudum proprie dictum tantum spectat, feudum enim haereditarium, cum allodii nexum conjunctum habeat, et ita aeri alieno obnoxium sit, jus separationis non impediet, Conf. Struv. *exercit. feud.* 14. *th.* 2. Vultej. *de feud. lib.* 1. *c.* 8. *n.* 30.

16 Hinc in casu praesenti pronunciatum, creditores paternos, hypotheca instructos, non obstante lapsu quinquennii ad beneficium separationis admittendos esse; sed non ulterius, quam quantum ad bona allodialia; in feudalibus vero uxorem filii, ratione illatae dotis omnibus filii creditoribus consensum domini feudi priorem non habentibus, praeferendam esse.

VIII.

De retractu vicinitatis, an inter nobiles eumdem pagum pro diviso possidentes obtineat?

SUMMARIA.

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *et seqq.*
Rationes decidendi n. 8. *et seqq.*
Decisio. n. 17.

In certo quodam pago duo habitabant nobiles nulla 1 agnatione sibi juncti, Titius et Mevius, quorum quisque partem pro diviso tenebat. Cum vero Mevii antecessores suam partem a Titii majoribus titulo singulari accepissent, et Mevius jus suum Sempronio pro 2 certa pecuniae summa cedere vellet, Titius Sempronio se opposuit, et ex praetenso jure retractus vicinitatis proferri voluit, quaerebatur quid juris?

Titius pro se adducebat, quod praedium hoc integrum a majoribus suis descendat, ideoque sua interesse, ut pagus ad familiam redeat integer; cum jure 4 nostro probetur affectio illa, quam circa res majorum retinendas quisque habet, *l. si in emptionem.* 35. *ff. de minor.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 19. *n.* 1. Accedebat jus 5 vicinitatis, cui pariter jura nostra favent, adeo, ut vicinum emptorem extraneo emptori praeferant. *l. unic. c. non licere habitatoribus metrocom. l. congruit.* 4. *c. de locat. praedior. civil. constitut. imp. Frideric.* 3. 5. *feud.* 15. Gail. *lib.* 2. *obs.* 19. *n.* 2. Tiraquell. *in praefat. tr. de jur. protimiseos. num.* 13. Vicinis 6 enim merito favendum, ob incommoda illa, quae saepius a novo vicino sustinere debent, cujus intuitu res vilius saepe vendi solet, *l. quod saepe.* 35. §. *ult. ff. de contrahend. empt. et ibi Gotofred. in not.* quod 7 praesertim obtinet, si incendii periculum, aut aliud grave damnum metuatur. Richter. *decis.* 76. *n.* 71.

Verum cum hic casus in Marchia brandenburgica 8 contingeret, graviter resistebat, quod illic loci *per recessum provincialem de anno* 1611. jus protimiseos plane sublatum sit; quamvis enim, uti contextus docet, de retractu consanguinitatis ibi proprie sermo sit; attamen per consequentiam, ob debilius illud jus vicinitatis, quam sanguinis, sua sponte fluit, et hunc retractum prohibitum esse. Vinculum enim sanguinis 9 longe fortius est vinculo vicinitatis: illud naturale, hoc civile est, et hinc illo retractu sublato, hic amplius subsistere nequit; nec praesidium ex jure com- 10 muni capi potest, cum et hic retractus consanguinitatis sit prohibitus, *l. dudum* 14. *cap. de contrah.* 11 *empt.* nec quicquam facit allegata *l. unic. c. non licere habitat. metrocom.* quippe quae jus plane singulare continet ob favorem et incrementum metrocomiae, seu municipii, ut in vendendis civium bonis alii cives extraneis praeferantur; sed non ibi additur, quod vicinus inter cives praeferri debeat. Nec *l. congruit.* 12 4. huc pertinet, quae non de vicino, sed de antiquiore conductore in fundis publicis praeferendo agit. 13 Constitutio autem Frideric. imp. numquam usu fori recepta, Carpz. *part.* 2. *const.* 31. *def.* 1. *n.* 7. Mevius *part.* 2. *decis.* 74. adeo, ut qui hoc jus vicinita- 14 tis receptum esse contendit, id probare teneatur. Reinking. *de retractu quaest.* 1. *n.* 27. Brunnem. *cent.* 2. *decis.* 89. Sutorius *de retract. c.* 5. *th.* 89. Sane 15 si non in pago diviso Titius et Mevius habitassent, sed in communione vixissent, ex jure societatis obtinere potuisset, Casp. Ant. hessaur. *controvers. forens. lib.* 1. *quaest.* 39. Hector Felicius *de societate c.* 15. *n.* 62. Favor autem familiae Titio amplius prodesse non poterit, cum jam olim extra familiam res 16 alienata fuerit.

17 Hinc Sempronium a Titio vicino in comparatione partis hujus pagi impediri non posse, respondendum fuit.

IX.

Filius feudum paternum a creditore redimens, an invito agnato de eo disponere possit?

SUMMARIA.

Casus. n. 1. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. et seqq.
Rationes decidendi. n. 6.
Decisio. n. 11.

1 Feudum Sempronii creditor quidam pignoris nexu detinebat, cujus creditoris jus filius Sempronii Tiburtius jure cessionis consensu Domini obtinuerat, hac libertate, ut sibi vi hujus juris cessi de feudo hoc pro lubitu disponere liceret; vi cujus pacti Tiburtius jus ex cessione impetratum consensu domini feudi iterum transtulit in Platonem; contradixit huic facto aliquis ex agnatis, nomine Javolenus, et obtinuit etiam per sententiam, quod Tiburtio de hoc feudo sine consensu Javoleni, tamquam proximi agnati, jus
2 disponendi non competat. Ab hac sententia cum appellatum esset, de ejus justitia controvertebatur.

3 Allegabat pro se agnatus, filium Tiburtium nihil aliud fecisse, quam quod sibi tamquam filio incumbebat, scilicet quod liberaverit feudum paternum ab
4 aere alieno, 2. *feud.* 45. et ex ipso actu solutionis debiti paterni praesumendum esse, quod haereditatem adierit, *l. pro haerede.* 20. §. 1. *ff. de acquirend. haeredit.* Jam vero satis constat, si filius feudum
5 paternum redemerit, hoc non novum fieri, sed antiquum manere, nisi haereditate paterna se abstinuerit, *d. 2. f. 45. in fin.* Struv. *c. 3. th. 2. n. 5.* adeoque agnatis jus, quod ex prima investitura habent, hic salvum manere, ita ut citra eorum consensum non valeat alienatio. *c. alienatio. 2. feud. 39. tit. de alienat. feud patern.*

6 Cum autem ex jure feudali certum sit, filium, si haeres patris esse, nolit sed allodium cum feudo repudiare velit, ad aes alienum paternum solvendum non
7 obligari 2. *feud.* 45. quod vero haereditatem adierit, vel se immiscuerit, hoc in facto consistit, et hinc ab allegante probandum est. Gail. *lib. 2. obs. 128. n. 1.*
8 Struv. *exercit. 34. th. 22.* Nec dici poterit, quod hoc casu pro haerede se gesserit, dum creditoris paterni jura sibi cedi curavit; quia hoc citra nomen haeredis facere potuit, quo casu ex ejusmodi gesto non praesumitur haereditatis aditio. *per d. l. pro haerede. 20.*
9 §. *penult. ff. de acquirend. haered.* Et hoc eo magis inde apparet, quod idem creditor antea judicialiter convenerit Tiburtium, ad hoc aes alienum solvendum, ubi cum hic opponeret, quod nunquam paternis feudis se immiscuerit, pronunciatum erat, quod nec ad aes alienum obstrictus sit; ex quo porro sequitur, quod paternum nomen, sibi non ut filio, sed ut extraneo
10 cedi curaverit. Cum itaque jure cesso creditoris utatur, de hoc jure crediti sive pignoratitio, eadem libertate, qua prior creditor de hoc feudo disponere poterit. De quo videantur *tit. de distractione pignor. et si pignus pignor. datur.*

11 Quibus sic se habentibus appareat, sententiam priorem in hac appellationis instantia reformandam esse, nec agnato jure competere liberam dispositionem de jure cesso ulla ratione impedienti: salvum tamen agnato jus retrahendi esse, quo etiam contra ipsum Tiburtium, utpote creditoris jure feudum jam detinentem, uti posset, in pronunciando addebatur.

X.

Inhibitio pendente appellatione facta, an et quando pro attentato reputanda et revocanda sit?

SUMMARIA.

Casus. n. 1. seqq.
Rationes dubitandi. n. 3. seqq.
Rationes decidendi. n. 5.
Decisio. n. 13.

In casu jam adducto, cum plato pro nova cessione 1
pecuniam promissam nondum solvisset, ipse appellans per judicem inferiorem, a quo appellatum erat, arrestum pretio huic imponi curavit, subjuncta inhibitione ad Platonem, ne pretium pro cessione solveret Tiburtio. Hic pro attentato illud venditavit, et ea propter ejus 2
revocationem ante omnia fieri debere desideravit, secundum jura notoria, in *tit. ff. nihil. nov. appel. interposit. Mev. p. 3. decis. 66.* Quaerebatur an fundata ejus sit intentio?

Quamvis autem dd. in ea opinione sint, quod judex 3
a quo, in illis, quae ad faciliorem exitum appellationis spectant, citra vitium attentati pendente appellatione disponere possit. Hieron. Manfred. *de attentat. lib. 1. part. 2. n. 4.* quorsum et inhibitio spectare videtur, ut scilicet eo facilior sit sententiae in instantia appellationis latae executio, quo ipso appellanti praejudicium ratione processus appellatorii non contingit; quatenus 4
vero factum non tendit in praejudicium litis, pro attentato non habetur, nec revocatur. Mev. *part. 3. decis. 211. num. 7. et part. 4. decis 310. n. 8.*

Cum vero judicis inferioris potestas post interposi- 5
tam a sententia definitiva appellationem penitus suspensa, et ipsius manus ligatae sint, Herculan. *de attentat. c. 3. n. 2.* Lancellot. *de attentat. part. 2. c. 12. n. 22.* Mev. *part. 2. decis. 198. n. 1.* per consequentiam 6
nec potestas inhibendi ipsi amplius salva esse poterit; quia hanc si causae necessitas ex egisset, post appellationem interpositam a superiore judice petere debuisset. Guido Papae *de appellat. n. 5.* Nec dici potest hanc 7
inhibitionem ad faciliorem sententiae executionem pertinere, sive enim haec facta fuerit, sive non, feudum cessum jam in manibus tertii erat, et hinc executio hac ratione facilior non redditur, praesertim cum et cedens et cessionarius satis possessionati sint, ut in utrumque executio sine difficultate fieri possit. Interea vero non 8
leve praejudicium per hanc inhibitionem appellanti inferebatur, qui per hanc arrestationem impeditus fuit, quo minus pecunia sibi debita libere uti possit. Regerebatur quidem, quod ipse appellans hic aliquid intentet, pendente appellatione pecuniam exigendo, et hinc appellationi renunciasse censeatur, Cravsing. *obs. 2. n. 50.* Menoch. *recup. poss. remed. 17. n. 39.* 9
Mev. *part. 5. decis. 264.* Verum reponebatur, illum 10
nihil innovare, qui jus suum persequitur, et facit id, quod ipsi per sententiam non interdictum, *arg. l. un. §. 11.*

ff. nihil novar. apppell. interpos. Herculanus *de attentatis cap.* 3. *n.* 5. Imo desiperet, si jus suum ob contradictionem adversarii intermitteret. Herculadius *d. c.* 3. *n.* 6. Unde non attentat qui libertate naturali uti pergit, vel etiam possessionem suam continuat, Mev. *part.* 5. *decis.* 102. Offerebat se insuper appellans ad cautionem, quae ordinarium remedium est arrestum vel inhibitionem tollendi. Gail. *de arrest. imp. c.* 2. *n.* 7. Mev. *part.* 3. *decis.* 86.

Hinc decidebatur, arrestum vel inhibitionem pendente appellatione factam iterum cassandam esse, et utut cautione hic opus non fuisset, et alias nemo superflua cautione gravandus; attamen utut illa necessaria non sit, tamen quia sponte illa oblata fuit, recipienda et injungenda est, Mev. *part.* 3. *decis.* 83. hinc et in praesenti casu majoris securitatis gratia oblatae cautionis praestatio injungebatur.

XI.

De praecedentia duorum comitum respectu diversarum dynastiarum.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Rationes dubitandi. n. 2. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 10. *seqq.*
Decisio. n. 26.

Sr. J. comes quidam de Calabria postquam et ipse et pater ejus, omnesque dynastiae Mascoviae possessores, praecedentiae jure prae dynastia regiopontina diu constanter usi fuerunt, tandem ejus praeeminentiae nomine a vicino comite de Scaldia controversiam patitur, de qua, quis potiori jure gaudeat, prolixe disceptatum fuit.

Comes de Scaldia pro se allegabat, regiopontanam dynastiam pertinere ad circulum Budissinum, Mascoviam vero ad Gorlizianum. Quemadmodum vero circulus prior prae posteriori gaudet praerogativa, illiusque praefecturae capitanei hujus officialibus praeferuntur, ita et dynastiae in dictis circulis eumdem in processionibus ordinem sequi debent. Quicquid enim juris est in toto, idem juris est etiam in parte. *l. quae de tota* 76. *ff. de rei vindicat.* Et hinc civis nobilioris civitatis praecedere debet civem inferioris civitatis, Natta *tom.* 3. *cons.* 637. *n.* 48. Pariter quando duo concurrunt aequalis dignitatis, ille praeferendus est, qui habet dignitatem in loco nobiliori. *per l.* 1. *c. de privil. corporat.* Brunnem. *cons.* 140. *n.* 19. Unde etiam monasterium virginum Marienstern in circulo Budissino praefertur monasterio virginum Marienthal in Gorliziano districtu. Hinc idem quoque inter dynastias in puncto praecedentiae servandum, sicut et antehac inter dynastiam Hojerwerdae in Budissino circulo sitam et dynastiam Mascoviae a S. C. maj. pronunciatum, et illa hanc praecedat; multum vero hic operatur rerum similiter judicatarum auctoritas. *l.* 34. *et seq. ff. de ll.* Et porro possessores Regioponti, redditis rationibus provincialibus, quietantiam primo loco subscripserunt; nec minus in matricula lustrationis *de anno* 1551. dynastia regiopontina Mascoviae praeposita reperitur. Jam vero ex ordine scripturae, ut et ex ordine in sigillando et subscribendo colligitur jus praecedentiae. Theodor. Höpping. *tr. de jure sigill. cap.* 8. *n.* 73. *seq.* Besold. *vol.* 6. *cons.* 258. *n.* 31. Unde qui prior reperitur scriptus, alios post scriptos praecedit, *per l.* 1. *ff. de alb. scrib.* Petr. Gregor. Tholos. *synt. lib.* 1. *c.* 22. *n.* 8. Goldast. *de majoratu lib.* 1. *c.* 28. Quare dynastia regiopontina in jure suo praecedentiae fundata esse videtur.

Sed quoniam dynastia Mascoviae in marchionatu Lusatiae superioris, non status circuli Gorliziani, sed totius Lusatiae superioris est, et tantum ratione collectarum cum circulo Gorliziano conjuncta; consequenter ipsa est immediata, regiopontina vero circulo Budissino subjecta. Ex communibus autem imperii juribus et consuetudinibus notum, quod ille qui immediatus imperii civis est, praeferatur aliis, utut alias ejusdem dignitatis sint. *per capitul. leopold. art.* 40. *in med.* Unde et nobiles imperii immediati aliis Germaniae nobilibus mediatis praeferuntur. Crus. *de praeced. lib.* 4. *c.* 28. *n.* 11. *seqq.* Quo intuitu etiam possessoribus dynastiae Mascoviae permissum, in diaetis provincialibus comparere per legatos sive deputatos, quod regiopontinae dynastiae concessum non est. At vero indubium est praeeminentiae signum, quando quis per legatum actus publicos expediendi jure gaudet, jus namque mittendi legatos juribus maximis adnumeratur. Accedit porro jus dynastiae Mascoviae proprium habendi dicasterium, ubi nobiles varii feuda recognoscentes ab eadem forum suum sortiuntur. Jam vero ex multorum sententia majoritas jurisdictionis arguit majoritatem dignitatis et praeeminentiae Fichard. *p.* 1. *consil.* 77. *n.* 14. Quod tunc praecipue procedit, si cum majoritate jurisdictionis concurrat aequalis dignitas Nolden *de stat. nobil. c.* 10. *n.* 60. Imo et is, qui in nobiliores dominatum habet, quoad praecedentiam praeferendus est aliis, qui talibus subditis non praesunt. Limnaeus *de jure publ. lib.* 4. *c.* 9. *n.* 18. Menoch. *consil.* 226. *n.* 15. Cephalus *lib.* 5. *cons.* 611. *n.* 3. Fuerunt praeterea possessores dynastiae Mascoviae jam superiori seculo in quasi possessione praecedentiae, eamque in hunc usque diem in procedendo, sedendo, votando et subscribendo continuarunt: qui varii actus possessorii maximae auctoritatis sunt in materia praecedentiae, adeo, ut in hujus controversiae decisione standum sit observantiae et consuetudini. Menoch. *cons.* 51. *n.* 49. quod multorum doctorum auctoritatibus comprobavit Crus. *de praeced. lib.* 1. *c.* 6. *n.* 4. *seq.* Et hoc in tantum procedit, ut standum sit huic observantiae, etiamsi juri repugnet. August. Barbosa *de jure eccles. lib. his c.* 43. *n.* 178. Men. *cons.* 10. *n.* 51. Brunn. *cons.* 140. *n.* 30. Neque obstant, quae supra loco rationum dubitandi sunt adducta. Illa enim ratio, quod regiopontina dinastia pertineat ad circulum Budissinum, praetensam praecedentiam ipsa elidit. Ex ea enim sequitur, Regiopontem esse statum Lusatiae mediatum; cum Mascovia sit immediatus, et saltem ratione collectarum Gorliziano junctus, indeque sine dubio praeferendus. Praejudicium autem de dynastia Hoyerwerda adductum non potest in hac causa comiti de Calabria nocere. Ut enim taceam, in illo possessores Mascoviae non fuisse satis cum sua defensione auditos; tritissimum illud huc pertinet: rem inter alios actam tertio neque nocere neque prodesse. Dd. *in tit. cod. res inter alios actu vel jud. etc.* Subscriptio quietantiae, cujus supra facta mentio, erat actus ad solum circulum Budissinum spectans, dynastiam

Mascoviae non tangens. Unde ejusmodi actus probari debuissent, in causa dynastiam utramque concernente,
22 ubi tamen potius contrarium est demonstratum. Tandem nec allegatus ordo scripturae in matricula *de anno* 1551. quidquam poterit in comitis praejudicium probare, quia primo ipsum argumentum ab ordine scripturae in se non est apodicticum, quod late deduxit Andr. Knichen *de saxon. non provoc. jure cap.* 2. *n.* 94. *seq. r. j. de anno* 1603. *Und demnach* 3. *ibi: und soll auch vor dismal die bey jetzigem Reichstag gehaltene Session, wie auch derselben Subscription niemand an seinem hergebrachten Gebrauch nachtheilig oder praejudicirlich seyn. r. imp. de anno* 1654. §. 95.
23 Imo in ordine scripturae saepius erratum esse, exemplis probat Limnaeus *tom.* 1. *addit. ad lib.* 9. *c.* 1. *n.*
24 210. Posito etiam, quod in illa matricula lustrationis de anno 1551. nullus error commissus, nec illius temporis possessorem dynastiae regiopontanae ex alio quodam respectu praelatum fuisse, quod forte ratione officii fieri potuit, sicuti hoc in causa praecedentiae non
25 insolitum est. Crusius *de praecedentia lib.* 1. *c.* 5. *n.* 1. Attamen post illud tempus possessores dynastiae Mascoviae omnes actus possessorios tam in conventibus publicis,, quam aliis negotiis pro se habent, quod semper praelati fuerint possessoribus dynastiae regiopontinae.
26 Quapropter ex omnibus his apparebat abunde, comitem de Calabria in puncto praecedentiae intuitu dynastiae de Mascou contra comitem de Scaldia tam in possessorio summario quam ordinario defendendum esse.

XII.

Sola inculpatio adulterae non facit indicium ad inquisitionem specialem.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 1.
Rationes dubitandi. n. 2.
Rationes decidendi. n. 3. *seqq.*
Decisio. n. 11.

1 In celebri quadam civitate H. foemina quaedam propter adulterium capi is damnabatur, illa vero postquam varios criminis socios nominasset, cum quibus adulterium commisisset, ultimo etiam duos viros egregios in publicis officiis constitutos et ex nobili stemmate ortos nominabat; quaerebatur itaque, an haec inculpatio faciat indicium ad inquisitionem?

2 Equidem confessionem socii criminis, maxime, si reus in ea ad mortem usque permanserit, et aliae insuper circumstantiae concurrant, indicium aliquod facere, notum est; *const. crim. art.* 31. *pr.* Carpz. *pr crim. q.* 121. *n.* 20.

3 Verum enim vero hoc casu sola aderat confessio adulterae, ubi expeditum est inter doctores, quod sola confessio socii criminis indicium ad inquisitionem non
4 faciat, Carpz. *prax. crim. qu.* 108. *n.* 58. quod tunc quam maxime obtinet, si sua sponte et citra interrogationem judicis aliquem inculpaverit; quoties enim quis sponte et non interrogatus aliquem nominat, toties nominatio illa suspecta est, et nequidem praesumptionem facit. Polyd. Ripa *de act. in mort. artic. c.* 31. *n.* 4. 5. Menoch. *de arbit. jud. quaest. l.* 1. *cas.* 474. *n.* 56. Zanger. *de quaest. et tortur. c.* 2. *n.* 59. Et ipsa persona erat infamis, variis adulteriis com- 5
maculata, insuper extra torturam illos inculpabat; qualis confessio fidem non meretur, neque ad inquisitionem specialem sufficiens est, cum haec requirat legitima indicia, qualia non oriuntur ab infamibus, praesertim non interveniente purgatione per torturam. Prosp. Farinac. *prax. crim. l.* 1. *tit.* 5. *qu.* 43. *n.* 135. Polyd. Ripa. *d. tr. c.* 31. *n.* 16. *in fin.* Zang. *d. c.* 2. *n.* 61. Accedebant in facto, quod mulier ista antea in 6
judicio confessa fuerit, neminem praeter d. et k. secum adulterium commisisse, quorum intuitu etiam ad mortem jam tum condemnata erat, postea autem publicata jam sententia condemnatoria istos nobiles demum nominaverit: quando autem reus examinatus reticuit complices, et postea vel sponte vel interrogatus nominat aliquos, ob variationem hanc non tantum non facit indicium ad torturam, sed ne ad inquirendum quidem. Farinac. *d. qu.* 43. *n.* 185. *et* 186. Insuper 7
et nulla alia adminicula concurrebant, quo casu sola nominatio non attendenda, Carpzov. *pr. crim. qu.* 121. *n.* 37. neque personae inculpatae tales erant, in quas 8
facile suspicio criminis cadere possit, quod tamen requirit Carolus V. *in const. crim. artic.* 25. §. 3. *art.* 31. *et art.* 35. quin potius ex ordine nobilium erant, 9
atque in publicis officiis vivebant, in quibus se hactenus cum laude gesserant, inde tale indicium, quod forte ex nominatione socii oriri posset, per bonam nominati famam facile diluitur. Mascard. *de probat. concl.* 1311. *n.* 17. *et quos citat.* Zanger. *de quaest. d. c.* 2. *n.* 69. Imo in genere volunt dd. mulieri di- 10
centi se ab aliquo cognitam, credendum non esse, per tradita Nicol. Boerii *decis.* 209. *n.* 7.

Hinc pronunciatum est, inculpationem illam non fa- 11
cere indicium sufficiens ad specialem inquisitionem.

XIII.

Debitor, qui indultum moratorium impetravit, postea ad concursum creditorum, seu cessionem bonorum non est admittendus.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 12.

Nobilis quidam S. W. ab alio C. M. praetendebat octo 1
millia thalerorum, et cum solutionem nimium urgeret, C. M. coram dicasterio ducatus pomeranici provocabat ad concursum creditorum, et citationem edictalem ad horum convocationem impetrabat, cui concursui contradicebat S. W. ob hoc, quod jam antea indultum moratorium a serenissimo electore impetrasset; quare in controversiam veniebat, an non obstante in- 2
dulto, adhuc ad concursum seu cessionem bonorum provocare possit?

Quamvis autem cessio bonorum remedium juris or- 3
dinarium sit, quod nemini debitorum denegandum, quo a duriore executione se liberent, *l.* 1. *et t. tit. c. qui bonis ced. possint.* nisi forte bona sua luxu vel 4
aliter malo more consumpserint, arg. *l.* 39. *ff. de minor.* Leuterbach. *ad ff. de cession. bonor.* quae quid 5

praesenti debitori opponi non poterat, ut taceam, duplici beneficio, praesertim si unum sublevandae inopiae non sufficiat, ex gratia principis debitorem gaudere posse *arg. l.* 3. *ff. de constitut. princ.*

6 At vero cum evidens textus adsit in *l. f. c. qui bonis cedere poss.* ubi haec beneficia sibi opponuntur, ut ita, qui indurias moratorias impetravit, postea bonis cedere nequeat, et exinde dd. unanimiter concludant, cessionem excludi per indultum. Hering. *de fidejussor. c.* 5. *n.* 126. Schneidewin. *ad f.* §. *fin. instit. de actionib. n.* 5. Matthaeus de Afflict. *decis.*
7 *neapel.* 378. Et hoc etiam eo extendant, ut quamvis debitor non quinquennales, sed breviores inducias obtinuerit, quod nihilominus bonis cedere non possit. Casp. Manz. *patrocin. debitor. decad.* 2. *quaest.* 7. *n.* 30. Brunus *de cess. bon. quaest.* 20. *quaest.* 4.
8 *princ. n.* 21. Nimium enim gravarentur creditores, si primum per aliquot annos frustra solutionem expectent, et his elapsis per cessionem bonorum penitus spe obtinendae solutionis excidant, cum tamen nemo duplici onere gravandus sit. Zoes. *in l. ult. vers. tertius casus ff. de cess. bon.* E contrario debitor sine
9 ulla nova causa, (nec enim interea novum aliquod infortunium accesserat, ob quod novo dignus esset beneficio), duo singularia obtineret beneficia, quod jura nostra, praesertim cum damno tertii, non patiuntur. *arg. l.* 1. *c. de dot. promiss. et l.* 19. *ff. ex quib. caus. major.* Carpz. *jurisprud. ecclesiastica lib.* 1. *def.* 171. *n.* 5. maxime si illa duo beneficia sint incompatibilia. Johann. Nicol. *de jur. patronat. lib.* 1. *n.* 55. *et seqq.* quae incompatibilitas in praesenti casu abunde colligitur *ex d. l. f. c. qui bon. ced. poss.*
10 Nec existimandum est, cessionem bonorum, de qua haec *l. fin.* loquitur, nihil commune habere cum concursu creditorum excitato; haec enim ad paria judi-
11 cantur, et dum concursus excitatur, reapse bonis ceditur, Francisc. Salgado de Somoza. *labyr. creditor. part.* 1. *c.* 1. *n.* 2. *et* 6.

12 Hinc pronunciatum est. c. m. ad concursum creditorum non esse admittendum. Cujus sententiae aequitas, et ne amplius malitia debitorum eluderentur creditores, commovit status Pomeraniae ulterioris ad pragmaticam sanctionem ab aula electorali impetrandam, ne amplius debitor, qui indultum, moratorium obtinuit, ad concursum admitteretur, quae constitutio secuta est die 5. *aprilis anno* 1672.

XIV.

De obligatione constitutionis novae in praeteritum.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 13.

1 In praecedenti casu, ubi C. M. per sententiam exclusus erat a beneficio cessionis, ob impetratas antea inducias moratorias, ipse contra hanc sententiam restitutionem in integrum petebat, et pro gravamine allegabat, sententiam latam esse contra observantiam hactenus in Pomerania frequentatam, ubi, contra *legem ult. c. qui bon. ced. poss.* toties quoties admissus fuit debitor ad *cessionem*, vel, ut ibi vocant, *oblationem* bonorum, et hinc eamdem sententiam, utpote contra solitum judiciorum ordinem latam, subsistere non posse, *l. prolata* 4. *c. de sentent. et interloc.* cum vero interea temporis sanctio electoralis publicaretur, S. W. supervacaneum existimabat, super hac causa amplius disceptare, utpote quae nova constitutione tamquam lege publica jam decisa esset. C. M. vero hanc non ad
2 se, sed ad casus futuros pertinere regerebat. Hinc controvertebatur, quatenus haec nova constitutio in praeteritum trahi posset?

3 Quamvis autem C. M. graviter obstaret, constitutionem hanc revera novam non esse, sed tantum repetitivam seu declarativam juris veteris, id tantum inculcans, quod juri veteri *in l. fin. c. qui bon. ced. poss.*
4 jam tum conforme est; tali vero casu l. nova etiam ad praeterita seu lites pendentes trahitur, Zoes. *comment. ff. de ll. n.* 34. Jason. *ad tit. de c. ll. n.* 11. Farinac. *fragment. crimin. part.* 2. *lit. l. n.* 51. *et*
5 *seqq.* Imo et alias l. nova generaliter seu simpliciter loquens, limitationem recipit ex jure veteri, et sic extenus nihil innovasse censetur. Alphons. Villagut. *tr. de extensione legum rubric. An gesta contra, vel praeter formam juris etc. n.* 177. *p.* 182.

6 His tamen non obstantibus, cum nova illa constitutio electoralis plane nullam faciat mentionem casuum praeteritorum, sed saltem futurorum, certi juris est, legem ad praeterita non pertinere, nisi de his in specie caverit, *l.* 7. *c. de ll. c.* 2. *et ult. x. de constitut.* Sebast. Medic. *de ll. part.* 4. *quaest.* 35. Barbos.
7 *ad c.* 2. *n.* 2. *x. de constitut.* ut idem quoque in statuto novo obtineat Bartol. *in l. omnes populi. n.* 43. *ff. de instit. et jur.* Aldaran. Mascard. *tr. de inter-*
8 *pretat. statutor. concl.* 13. Imo utut legislator ad praeterita extensam velit legem, non tamen hoc pertinebit ad illa, quae in judicio jam pendent, etiamsi motu proprio (quod tamen in nostro casu factum non erat, nam desideraverant hoc a principe status provinciales) constitutio nova emanaverit. Felin. *in c. fin. vers. modo adverte. x. de constitut.* quod rationem habet evidentem; nam per litis contestationem in judicio quasi
9 contrahitur *l. licet* 3. §. 11. *ff. de pecul.* ergo et super jure tunc recepto simul quasi contraxerunt, se illi stare velle, quicquid secundum haec jura judicatum
10 fuerit. Unde nec statuta correcta allegari possunt ad decisionem causarum, quae agitantur super facto praeterito. Bartol. *in l.* 7. *n.* 2. *c. de ll.* Et quia C. M.
11 provocabat ad continuam observantiam juri communi contrariam, dd. existimant, tunc legem novam utut declaratoriam, non debere extendi ad actus praeteritos, si reperiret communem observantiam in contrarium. Gloss. *in c.* 1. *de postulat. praelat. in* 6*to.* Sebast. Medic. *de ll. et statut. p.* 4. *quaest.* 35. *n.* 5.
12 *Valent.* 3. nam observantia continua, si ab allegante probata sit, vim legis habet, Finckelthaus *observ.* 74. *n.* 1. Rebuff. *ad constit. regn. gall. tom.* 3. *de consuetud. artic.* 2. *glos.* 15. *n.* 23. ita ut judex citra vitium nullitatis ab hac observantia in pronunciando recedere non possit. Pruckmann. *vol.* 1. *consil.* 10. *n.* 47. *et consil.* 38. *n.* 9. Guid. Pap. *decis.* 292. *n.* 2. Camill. Borell. *in summa decis. orb. christ. lib.* 1. *tit.* 14. *n.* 107.

13 Hinc pronunciatum, quod illa nova constitutio ad hanc litem pendentem plane non pertineat, sed si C.

M. continuam provinciae illius observantiam legi contrariam docere posset, ipsum contra priorem sententiam audiendum esse.

XV.

De debitore moto concursu creditorum administrationem bonorum ex jure retentionis adhuc praetendente.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. 4.
Rationes decidendi. n. 5. *seqq.*
Decisio. n. 10.

1 Sempronius, qui cum beneficio inventarii patris haeres factus, creditores suos edicto judicis ad concursum convocarat, cum bona paterna solvendo aeri alieno non sufficere animadverteret; administrationem tamen bonorum pendente concursu creditoribus cedere nolebat, sub hoc praetextu, quod ob illata materna ipse jure retentionis gaudeat, et sic hoc respectu pro cre-
2 ditore in hoc concursu reputandus sit. Quaerebatur, an audiendus, an non potius curator bonis damus sit?

3 Equidem jus retentionis filio ratione dotis maternae competere eo minus negari poterat, cum et ipsum jus hypothecae et praelationis ad filium devolvatur §.
4 29. *institut. de actionib.* Jure autem retentionis nemo sine praecedente causae cognitione destituendus. Mev. *part.* 1. *decis.* 242.

5 Verum cum moto concursu omnium creditorum par reddatur conditio, ita ut unus prae altero praecipuum quid praetendere nequeat. Mev. *part.* 2. *decis.* 345. *et part.* 5. *decis.* 125. Pet. Francisc. de Tonduti Sanleger. *tr. de praevention. part.* 1. *c.* 10. *n.* 16. §. *Sed*
6 *quid.* et hinc ne cuiquam ex creditoribus administratio bonorum vel damno vel commodo sit, curator bonis dari soleat, *l.* 2. *ff. de curator. bon.* quod quandoque etiam judex ex officio facere tenetur. Gail. *lib.* 2. *obs.* 130. *n.* 3. qui curator ad inventarium conficiendum. Carpzov. *lib.* 2. *resp.* 74. *n.* 11. ut et administrationem in omnium utilitatem dirigendam obli-
7 gatur, Wesenb. *consil.* 108. *n.* 110. non poterit Sempronius, utut se pro creditore gerat, invitis aliis, sibi administrationem vindicare, sed concreditorum consensu opus habebit. Brunn. *de concurs. creditor. c.* 1.
8 §. 6. Nec ipsum adjuvare potest, quod jure retentionis gaudeat; quia hoc in concursu non transfert jus administrationis, nisi ex voluntate creditorum. Mev.
9 *part.* 3. *decis.* 255. hoc enim tantum operatur jus retentionis, ut retinenti satis cautum sit, non vero ut creditoribus facultas non sit, sibi satis per administrationem curatoris prospiciendi. Mev. *part.* 4. *decis.* 89.

10 Hinc decisum fuit, Sempronio quidem durante concursu permissum esse, ut in illo praedio jure retentionis persistat; ipsum tamen impedire non posse, quominus a creditoribus curator bonorum constituatur, qui solus administrationem ad finem usque concursus suscipiat.

XVI.

De sententia primae instantiae post interpositam appellationem in deterius mutata.

SUMMARIA

Casus. n. 1. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 14.

Disceptabatur in judicio super certo quodam testa- 1
mento a vitrico concepto, in quo privignae legaverat 1000. thaleros, hoc legatum cum haec peteret, et haeredes ab ipsa editionem inventarii urgerent, variis litibus occasio data, quae tandem per transactionem sopitae, hac ratione, ut pro illo legato ipsi praestarentur 550. thaleri, et pro hac summa ipsi domus defuncti in solutum traderetur; cum vero postea domus ipsi displiceret, summam illam in transactione promissam 550. thaleros in parata pecunia petiit, ubi pronunciatum, quod haeredes summam hanc in parata pecunia solvere debeant; a qua sententia cum appellatum et ut domum vi transactionis accipere teneretur, petitum esset, in instantia appellationis sententia lata: transactionem pro rescissa habendam, et 2
haeredes ad legatum integrum cum usuris a morte testatoris praestandum obligatos esse, contra quam sententiam restitutio in integrum petebatur, et quid juris esset, disceptabatur.

Equidem non ignota dd. decisio est, quod si sen- 3
tentia per leuterationem vel appellationem suspensa sit, ea in deterius mutari possit, contra leuterantem vel appellantem, etiam parte adversa non petente. Joh. Peter Surdus *decis.* 143. Mohedan. *decis. rom.* 239. Carpz. *part.* 1. *const.* 19. *def.* 12. Modest. Pistor. *part.* 1. *quaest.* 22. *n.* 2. Appellatio enim commune be- 4
neficium utriusque est, et sic quoque appellati ratio habenda, *per l. ult. c. de appellat.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 122. *n.* 3. Franc. Marci *decis.* 1182. *num.* 24. Mar. Giurba *decis.* 30. *n.* 5. hinc etiamsi appellatus absens 5
fuerit, judex tenetur per suum vigorem partes ejus adimplere, uti loquitur imperat. in *d. l. fin. princ. c. de appellat.* Mev. *part.* 4. *decis.* 51. *in f* unde et in praesenti casu pro appellato pronunciari potuisse, videbatur.

Attamen, cum expediti juris sit, ultra id, quod in 6
litem deductum, procedere judicem in pronunciando non posset, *l. ut fundus* 18. *ff. commun. dividund. l.* 17. *c. de fideicommiss.* Alvarez de Valasco *consult.* 144. *n.* 8. adeo, ut omnis sententia nulla dicatur, quae excedit id, quod est in controversia *per l. fin. et ibi Gloss. c. de fideicommiss. libertatib.* Et hoc 7
quoque in judice appellationis locum inveniat, cum judex ad quem post appellationem transeat in locum judicis a quo. Guid. Pap. *de appell. n.* 5. insuper 8
certum, quod non ulterius potestas judicandi devolvatur ad judicem ad quem, nisi in quibus punctis appellatum, in caeteris vero sententia vires rei judicatae consequitur, ut inde contra judicatum alia sententia sine nullitate ferri nequeat *l.* 1. *c. quando provocar. non est necess.* hactenus vero inter partes plane disputatum non erat, an transactio quantum ad summam conventam servanda sit, nam nihil amplius 9

petebat privignus; sed, annon pro illa summa domum loco solutionis acceptare teneatur; sane non potuit pro petitis ex transactione 550. thaleris mille thaleros antea legatos cum usuris adjudicare. Et quamvis aliquando contra appellantem pronunciari possit, hoc tamen intelligendum, quod in eodem articulo, in quo remedium contra sententiam adhibetur, contra appellantem durior ferri possit sententia, non in articulo alio, et diverso alias enim perperam et nulliter judicatur, uti loquitur dn. Mev. *part.* 3. *dec.* 106. et pari modo restringit etiam Carpz. *allegat. loc.* opinionem suam eo, quod ejus demum correctio articuli judici permissa sit, a quo leuteratio fuit interposita, cum respectu reliquorum capitulorum sententia non fuerit suspensa a viribus rei judicatae. Carpzov. *d. def.* 12. *n.* 4. Conf. Jacob. Schultz. *in addit. ad Modest. Pistor.* *part.* 1. *q.* 22. *n.* 12. Et hinc, quod de communione appellationis supra dictum, tantum procedit in illis capitulis, a quibus appellatum, in reliquis vero non est communis. Franc. Salgad. de Samoza. *de rege protest. vi oppress. appell. p.* 3. *c.* 16. *num.* 67. Franc. Marci *p.* 2. *quaest.* 143. *n.* 13. Hieron. Magon. *dec. florent. decis.* 35. Joh. Petr. Fontanella *decis. catalon. p.* 2. *dec.* 413. *n.* 1. Nec quicquam facit, quòd in instantia appellationis nondum allegata allegare, et probare liceat, *l. per hanc* 4. *c. de temporibus appellat.* hoc enim tunc procedit, si noviter allegata pertineant ad causam, de qua in prima instantia disceptatum, et quatenus de hac appellatum; perversio enim status controversiae in instantia appellationis minime admittenda Mev. *part.* 5. *decis.* 69. *num.* 4.

Hinc existimatum est, mediante restitutione in integrum sententiam illam emendandam esse, nec quoad hunc casum statum judicem appellationis sententiam in deterius mutare potuisse.

SOLI DEO GLORIA.

DISPUTATIO DECIMA QUINTA

DE CASIBUS CIRCA LEGITIMAM CONTROVERSIS,

DIE 3. JANUAR. ANNO MDCCV.

RESPONDENTE

GODOFREDO GUNTHERO LAUB-LUSAT.

INGRESSUS.

Si ulla in foro frequens materia est, certe nulla frequentior est, quam illa, quae de liberorum et parentum, ut et fratrum legitima agit. De hac enim toties renascuntur controversiae, quoties vel parentibus succedunt liberi, vel turbato mortalitatis ordine, illi filiis aut nepotibus. Materiam quidem hanc certo juri includere voluit Justinianus imp. *in novell.* 18. *c.* 1. Verum uti fieri solet, per novas leges veterum Jctorum dubia quidem componuntur, sed ne nova ex posteriorum legum diversa interpretatione aut applicatione oriantur, non semper a legislatore, omni licet adhibita circumspectione praecaveri potest. Unde evenit, quod licet tot tractatibus et dissertationibus explicata sit haec materia, subinde tamen in foro occurrant casus, quorum decisio non usque adeo expedita est. Quapropter cum mihi specimen aliquod inaugurale edendum esset, et varii se sisterent casus, qui circa jus petendi legitimam disceptabantur, nolui integram hanc materiam de legitima loco thematis eligere, cum haec a tot dd. fusissime tractata sit, ut nihil fere supersit, quod non ex aliis inscribendum esset; sed potius insigniores quosdam casus circa hanc materiam ex consilio dn. Praesidis elaborandos suscepi, qui non ubique in terminis, ut dicunt, terminantibus a dd. decisi deprehenduntur; quam rem, utpote a cathedra academica non alienam, in qua ad fori conflictus praeparantur ingenia, nec tibi, lector benevole, ingratam fore, persuasus sum. Deus vero omnia haec conamina mea cedere jubeat feliciter!

CASUS I.

De apanagio in familia principum noviter instituto, an et quando fratribus ultra genitis de hoc, legitimam quantitatem non attingente, justa sit querela?

SUMMARIA

Casus. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 4.
Rationes dubitandi. n. 5. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 13. *seqq.*
Distinguitur. n. 16.
Decisio. n. 19.

1 In familia certorum imperii principum, quae hactenus aequali jure succedendi constanter usa, consultum credebatur, per introducendum jus primogenitu-
rae sibi providere, ne aucta prole mascula, per con-
tinuatam principatus divisionem tandem omnis splen-
2 dor domus illustris evanesceret; hinc parentes cum filii adhuc in tenera aetate essent, soli primogenito destinabant successionem, filiis vero ultragenitis loco portionis alimentariae 4000. thaleros assignabant, im-
3 petrato desuper consensu imperatoris. Parentibus defunctis filius senior succedebat in principatu, sed postquam filii juniores in suam tutelam pervenissent, inique ferebant hanc primogeniturae constitutionem, eamque vel tollendam, vel legitimam sibi supplendam
4 esse contendebant. Disceptabatur, an assensum juris pro se habeant?

Equidem fratrum juniorum causam non leviter adju-
5 vare videbatur iniquitas, quam ex noviter introducta primogenitura sentirent, utpote qua ipsa jure simultaneae successionis, ex provisione majorum quaesito, sine sua
6 culpa privarentur. Hoc vero jus cum ex ipso jure nativitatis, jam sibi quaesiverint, non potuisse imperatorem salva justitia illos in jure quaesito turbare *per l. nec avus*
7 *4. c. de emancip. liber.* Nec resistebat ipsis dispositio juris feudalis, ubi feuda regalia indivisibilia sunt 2. *feud.* 54. §. *praeterea* Boer. *dd. success. in feud. c.* 30. *quaest.* 48. *in f.* non enim ea propter primogeniti causa est potior. Springinsfeld. *de apanag. c.* 5. *n.* 15.
8 dn. Praeses *de caut. test. c.* 5. *membr.* 2. §. 16. Et quamvis interesse familiae ipsis opponeretur, quod sine divitiis honestas et dignitas familiarum non conservetur. Cardinal. Mantic. *de conject. ult. volunt. lib.* 7. *tit.* 1. *n.* 45. Hermenegild. de Roxas *tr. de incompatibil. ma-*
9 *jorat. p.* 3. *c.* 5. *n.* 12. adeo ut familiae sine divitiis se habeant tamquam fides sine operibus, uti loquitur Tiraquell. *de nobilitat. c.* 25. *n.* 9. Nevizan. *sylv. nuptial. lib.* 4. *n.* 111. *seqq.* Knipschild. *de fideicommiss.*
10 *famil. nobil. c.* 7. *n.* 15. Familiarum vero splendorem in reipubl. conservationem vergere, Forster *de succes-*
11 *sion. lib.* 3. *c.* 13. *n.* 7. Non tamen deerat, quod regererent, scilicet, humanam illam esse providentiam, quae familiae incrementum et posterorum felicitatem non fiducia in Deum, sed in incertis plane divitiis collocaret; certum enim est, qui thesauros quaerit, nec in Deo dives est, apud illum nihil solatii remanere, *luc.* 12. *vers.* 20. *et* 21. facillimum enim Deo est, dejicere po-
12 tentes, et exaltare humiles, *Luc.* 1. *vers.* 52. *et* 53. Et utut tandem primogeniturae se submitterent, non tamen se jure, quod liberis in universum omnibus competit, privandos esse, scilicet, ut salva ipsis sit legitima *l.* 32. *c. de inoffic. testam.* aut si quid huic deesset, supplendam sibi ess legitimam juxta *l. omnimodo* 30. *c. d. t.* Apanagium enim assimilatur legitimae et loco ejus filiis postgenitis debetur. Guid. Pap. *decis.* 420. *n.* 1. Molin. *de hispan. primogenit. lib.* 1. *c.* 11. *et seqq.*

Verum enim vero, cum controversiam illam, an in 13
praesenti casu introduci potuerit primogenitura, tamquam altioris indaginis suspenderent, tantum de legitima vel apannaggio ad quantitatem legitimae constituendo remanebat concertatio: primogenitus pro se allegabat, 14
quod regna et principatus in judicium familiae hereiscundae ad instar patrimonii privati non veniant, et hinc introducta semel primogenitura, fratribus postgenitis non integram legitimam, sed tantum alimentariam portionem deberi. Springinsfeld. *de apannag. c.* 8. *n.* 39. *et seqq.* Limnaeus *ad auream bull. cap.* 25. *pr. obs. et seqq.* Myler. ab Ehrenbach. *de stat. imp c.* 22. §. 4. Admissa enim primogenitura non datur jus petendi legi- 15
timam ex principatu vel feudo. Bursat. *lib.* 2. *cons.* 32. *n.* 14. Berlich. *part.* 3. *concl.* 11. *n.* 23. Schrader. *de feud. part.* 8. *c.* 2. *n.* 45.

Verum utut res ita se habeat, attamen existimatum 16
est, non confundendos esse casus diversos, an scil. primogenitura jam ex antiquo vel lege publica, sicuti factum est in electoratibus per *auream bullam t.* 25. §. 2. *et* 3. vel provisione majorum introducta, ubi omnino minori portione, quam legitima, contenti esse debent, cum ex ordine nascendi melius jus praetendere nequeant; an vero primogenitura noviter introducta sit, liberis jamtum per nativitatem ad aequalem successionem qualificatis. Hoc casu cum primogenitus ex nativitate nihil juris prae- 17
cipui habeat, non poterit pater suo facto liberis secundo genitis ulterius praejudicare, quam usque ad legitimam, per *d. l.* 32. *c. de in offic. test.* De priori ergo ca- 18
su intelligendi sunt. dd. superius allegati; in casu autem posteriori standum est dispositioni juris ordinarii.

Cum itaque in praesenti casu primogenitura de novo 19
introducta esset a parentibus liberis jam natis, legitimam apanagiatis integram deberi existimatum est; hinc 20
etiam imperator antequam ad desiderium patris primogenituram hanc novam confirmaret, vicinis quibusdam principibus commiserat inquisitionem, an per hanc primogenituram laesio in legitima obventura sit ultragenitis; quod si hoc appareret, de supplemento ipsis providendum esse.

II.

De legitima principi apannagiato constituenda, an respectus habeatur ad omnes provincias, et an pars alicujus provinciae ipsi assignari possit?

SUMMARIA

Casus. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 5.
Rationes pro primogenito. n. 6. *seqq.*
Rationes pro ultragenitis. n. 11. *seqq.*
Decisio. n. 21.

Varie disputabatur in casu priori, quousque providen- 1
dum sit filio ultra genito de legitima, vel in qua quantitate constituendum sit apennagium, et annon tandem pars provinciae secundo genito loco apennagii assignari possit? Ultimum negabat filius primogenitus, nec ratio- 2
nem connexorum principatuum habendum esse putabat,

sed quantitati, quam parentes praescripserant, praecise inhaerendum esse censebat; frater vero ultragenitus apennagium, auctis primogeniti bonis et provinciis, augendum esse urgebat, et cum patris voluntatem de certo districtu provinciae pro apennagio assignando pro se haberet, hujus dispositioni fratrem seniorem se submittere debere, opinabatur. Quaeritur quid juris?

Pro primogenito adducebatur textus ex *aur. bull. c.* 25. §. 2. ubi hoc tantum seniori fratri injungitur, quod apud alios fratres et sorores se *clementem et pium* exhibere debeat continuo *juxta suum beneplacitum*; quo ipso arbitrium primogenito relictum videtur, quantum pro pietate sua et beneplacito praestare velit. Deinde hoc pro ipso militabat, quod jam pacto parentum certa quantitas apennagii constituta esset, quae pacto sine dubio omnes successores stringunt *arg. l.* 13. *c. de contrah. stipul.* Sicut et non pauci dd in illa sunt sententia, apennagium, non in feudorum corpore, sed in pecunia constitui debere, Reusner. *lib.* 1. *decis.* 5. *n.* 26. *et seqq.* Boerius. *decis.* 204. *n.* 4. Dispositioni vero patruae reponebat, hanc finem introductae primogenitiurae interverti, qui hic erat, ne principatus ipse divideretur, Cravetta. *cons.* 895. *n.* 9. Gail. *lib.* 2. *obs.* 153. *n.* 3. imo aucto demanio non posse appennagium augeri, jam olim defendit Cothmann. *vol.* 4. *consil.* 3. *n.* 323. *et seq.*

E contrario filius ultragenitus pro se allegabat; non esse hic casum de electoratu, sed alio principatu, in quo antea nulla obtinuit primogenitura, hinc sibi potius jus ad supplendam legitimam deberi, quam ultragenitis electorum. Vid. Myler. ad Rumelin. *part.* 3. *diss.* 5. *th.* 12. Deinde nec auream bullam sibi contradicere ostendebat, quia *d. c.* 25. *in fin.* perspicue additur, quod *secundum patrimonii facultates* primogenitus ultragenitis succurrere debeat, hinc justum esse, ut auctis provinciis, augeatur etiam apennagium. Springinsfeld. *d. l. c.* 12. *n.* 33. *et seqq.* Arbitrium enim primogeniti ita regulandum est, ut in assignando apennagio fratrum postgenitorum dignitas et reputatio conservetur. Modest. Pistor. *part.* 3. *quaest.* 122, *n.* 25. Betsius *de pact. famil. illustr. p.* 71. Ex eadem ratione, si diminuantur provinciae injuria bellorum, vel aliter, sine culpa primogeniti, se diminutionem apennagii aequo animo ferre debere. Limn. *ad a. b. c.* 25. §. 2. *obs.* 6. Cum itaque damnum provinciae simul in ipsum redundet, justum esse, ut etiam de ejus augumento participet. *arg. l.* 10. *ff. de r. j.* dn. Praeses *de caut. test. c.* 5. *memb.* 2. §. 24. Quod vero partem aliquam provinciae pater ipsi assignaverit, hoc jure non refragante factum, cum apennagium non praecise in pecunia numerata, sed etiam in certis praefecturis constitui possit; materia enim apennagii est demanium, *das Cammer-Guth.* Springinsfeld. *de apennag. c.* 7. *n.* 1. nam rejecta est illa sententia, quae negat apennagium in feudis et provinciae partibus constitui posse. Molin. *de hisp. primogenit. lib.* 1. *c.* 11. *n.* 28. et sereniss. domum hassiacam exemplum hujus rei praebere posse ostendit Springinsfeld. *de apennag. c.* 6. *et c.* 8. *n.* 28. Conf. illustr. dn. de Rhetz. *de portione alimentaria princip. primogenito praestand. c.* 4. *n.* 11. *et seqq.* dn. a Seckendorff. *de statu princ. germ. p.* 2. *c.* 3. *p.* 73. *et in addit. p.* 92. Nec etiam ita dividitur principatus, licet pars ejus cum omnimoda jurisdictione secundo genito sit concessa, quippe assignatio apennagii non fit per modum divisionis, sed provisionis. Springinsfeld. *d. tr. c.* 8. *n.* 2. Sufficit etiam, quod pars illa superioritati territoriali principis primogeniti subjecta maneat, et ad eumdem, si subditi in administranda justitia se gravatos existiment, per appellationem pateat recursus; iniqui enim illi inter fratres principes sunt arbitri, qui ultragenitis in praefectura, apennagii loco assignanda, nihil penitus juris relinquere, sed deteriori loco esse volunt, quam quidem nobiles ejusdem principis vassallos.

Hinc existimabatur, augmentum apennagii juste peti, nec primogenitum paternae dispositioni in assignanda loco apennagii provincia contravenire posse.

III.

An et quando in majoratu vel fideicommisso familiae salva debeat esse legitima?

SUMMARIA

Casus. n. 1 *seqq.*
Quaestio. n. 4.
Rationes dubitandi. n. 5. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 8. *seqq.*
Decisio. n. 17.

Comes quidam imperii testamentum condidit, et cum filium superstitem tantum haberet unicum, in casum, si hic sine liberis decessisset, remotiorem aliquem ex agnatis hac lege substituit, ut omne patrimonium ad hunc devolveretur, et jure perpetui majoratus semper apud seniorem hujus familiae subsisteret. Filius non attenta dispositione patris, cum in expeditione bellica degeret, aliud jure militari condidit testamentum, in quo plane alium sibi haeredem scripsit. Suborta inde controversia inter haeredem ex testamento paterno, et inter illum, quem filius sibi successorem voluit; et cum inutilis videretur controversia, an filius in totum derogare potuerit testamento paterno; omnibus solemnibus constanti, remanebat hoc tantum in lite: an non ex bonis ad majoratum destinatis filio jus detrahendi legitimam salvum manserit, et an non eatenus testandi libertatem habuerit, non obstante testamento paterno?

Quamvis autem bona majoratus, et fideicommissa familiae inter se in effectu conveniant, ut scil. ubique conservetur familia, Knipschild. *de fideicommiss. famil. illustr. c.* 7. *n.* 89. Molin. *de hisp. primogenit. lib.* 1. *c.* 11. *n.* 3. nisi quod in modo succedendi diversitas sit, cum in majoratu ad seniorem familiae simpliciter respiciatur, non attento, an defunctus filios habuerit, an non; quod secus se habet in fideicommisis familiae, utut hic primogenitiurae jus vigeat Engelbrecht. *de jurisd. concl.* 41. *lit. c.* Bersius *de pactis. famil. illustr. c.* 8. *p.* 461. Jam vero in bonis fideicommisso obnoxiis *bey Stamm-Güthern* recepta inter dd. sententia est, quod in his locus non sit detractioni legitimae, sed bona haec post mortem possessoris, illico sine ulla detractione ad haeredem fideicommissarium devolvantur. Berlich. *p.* 3. *concl.* 11. *n.* 19. Knipschild. *de fideicommiss. famil. illustr. c.* 6. *n.* 171. Schrader *de feud. p.* 7. *c.* 5. *n.* 52. Hinc et in superiori casu filium ne quidem de legitima disponere potuisse, praetendebatur.

Verum enim vero longe alia ratio est majoratus demum introducendi, vel fideicommissi familiae noviter

constituendi, et jam antea introducti vel in familia
9 constituti; de posteriori casu intelligendi sunt dd. jam adducti; talia enim bona ad possessorem ultimum sub lege majoratus vel fideicommissi jam pervenerunt, ergo ex illis nihil praetendi poterit, quam ut ad dies
10 vitae iisdem libere frueretur; nam si insuper legitimam deducere vellet unusquisque, ad quem a patre talia bona devolvuntur, tandem penitus consumerentur. Et haec ratio est, quare in fideicommissis trebellianica non in omni casu detrahatur, utut onus restituendi incumbat, sed hoc beneficio tantum gaudeat
11 haeres primus gravatus. *l.* 22. §. *f. et l.* 55. §. 2. *ff. ad*
12 *sctum Trebellian.* Ex quo etiam illorum sententia robur accipit, qui statuunt, quod in fideicommissis familiae non detrahatur trebellianica; non tantum ob illam rationem, quod in tali fideicommisso conjuncta sit prohibitio de non alienando, quae facit cessare trebellianicam. *auth. sed et in ea c. ad l. falcid.* Petra *de fideicommiss. quaest.* 115. *n.* 191. Knipschild. *de*
13 *fideicommiss. illust. famil. c.* 6. *n.* 168. sed uti dictum, licet haec prohibitio adjecta non esset, cessebit ex hoc capite etiam trebellianica, quod illam nonnisi semel deducere fas sit, et ita subsequentes fideicommissarii illa necessario carere debeant. Alia vero ratio
14 est in casu priori, ubi pater majoratu vel fideicommisso antea non constituto gravat filium suum, ubi sane in ejus potestate non est, filio ullo modo per fideicommissum praejudicium inferre quoad legitimam ipsi debitam, per *l.* 32. *c. de inofficios. test.* Vultej. *vol.* 4. *cons. marp.* 30. *n.* 88. Menoch. *lib. praesumpt.*
15 67. *n.* 25. Fideicommissum itaque, in quantum gravat legitimam, vitiosum est. Fusar. *de fideicommiss. quaest.* 296. *n.* 1. *et seqq.* Berlich. *p.* 3. *concl.* 14. *n.* 3. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 7. *tit.* 8. *n.* 1. *et*
16 *seqq.* Adeo ut pater ne quidem prohibere possit, ne bona alienentur pro quota legitimae. Knipschild. *de fideicommiss. c.* 6. *n.* 150. Peregrin. *de fideicommiss. artic.* 36. *n.* 67. Et hinc quamvis filius testamentum patris generaliter approbaverit, hoc tamen non factum censetur ratione hujus gravaminis legitimae Fusar. *q.* 296. *n.* 41. *seqq.* Petra *de fideicommiss. q.* 15. *n.* 19.

17 Hinc in superiori casu omnino juri visum fuit consentaneum, a majoratu per patrem noviter constituto detrahendam esse filii legitimam, et eatenus testamento patris filium suo testamento derogare potuisse.

I".

De computanda legitima concurrente filio per rescriptum imperatoris legitimato cum filiis legitime natis.

SUMMARIA

Casus. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 3.
Rationes contra legitimatum n. 4. *seqq.*
Rationes pro legitimato. n. 11. *seqq.*
Quid hoc casu attendendum sit? n. 21. *seqq.*
Decisio. n. 24.

1 Sempronius ex concubina quadam susceperat filium naturalem Tryphoninum, et postea legitimo matrimonio sibi desponsabat Cajam, ex qua duos filios et unam filiam legitime procreavit. Cum vero interea temporis alibi inscia uxore sua Tryphoninum educari, et artibus liberalibus instrui curasset, ob ingenuas animi dotes, quas in ipso conspicielat pater, illum ab imperatore legitimari curabat, et quidem cum clausula: *non obstantibus liberis jam natis.* Postea, cum con- 2
sultum videret, reliqua sua bona gravare fideicommisso, per testamentum ita disposuerat: filios meos duos legitime natos cum Tryphonino legitimato, ut et filiam meam haeredes instituo, sed hac lege, ut legitima portione contenti, bona reliqua jure perpetui fideicommissi inter se haberent sine ulla detractione trebellianicae. Quaerebatur an Tryphoninus hic ex trien- 3
te, quae legitimam alias efficit, aequalem portionem capiat?

Non pauca sunt, quae legitimato resistunt; etenim 4
notum est, hujus generis legitimatos tum demum ad successionem admittendos esse, si ante liberorum legitimorum existentiam legitimati fuerint, ita enim 5
jus quaesitum ad successionem nacti, quod ipsis supervenlu legitimorum auferri non potest. Gail. *lib.* 2. *obs.* 142. *n.* 5. Melchior Pelaez, a Meres *de majoratu p.* 2. *quaest* 6. *n.* 165. Alias vero si liberi legitime 6
nati antea extiterint, ab his excludantur *per nov.* 89. *c.* 11. §. 1. dn. Praeses *de success. ab intestat. dissert.* 1. *c.* 2. §. 72. Jam autem indubitata dd. regu- 7
la est, quod qui excluditur a successione, ille etiam excludatur a petitione legitimae *l.* 6. §. 1. *ff. de inofficios. test. l.* 8. *c. eod.* Klock: *vol.* 2. *cons.* 124. *n.* 159. Hartmann. Pistor. *p.* 2. *q.* 38. *n.* 15. Accedit, 8
quod liberi per rescriptum legitimati revera non sint legitimi, sed tales esse fingantur ex beneficio principis, Tiraquell. *de primogenit. q.* 34. *n.* 58. Molin. *de hisp. primogenit. lib.* 3. *c.* 3. *n.* 5. Forster. *de success. l.* 6. *c.* 37. *n.* 25. de quo pluribus vid. Petr. Ant. de Petra *de jur. quaesit. non tollend. c.* 32. *n.* 14. Ut sic 10
initiquum sit, legitime natorum liberorum portionem minuere velle, ad concursum in legitima admittendo taliter legitimatum. Nec hic opitulari poterat dispositio paterna, hos liberos sibi invicem in legitima conjungens: potuisset enim pater etiam extraneum in testamento filiis conjungere; sed facere hoc non potuit in praejudicium et diminutionem legitimae ob *l.* 32. *c. de inofficios. testam.*

In contrarium vero movebat, quod haec legitimatio 11
facta fuerit ab imperatore non simpliciter sed *ex plenitudine potestatis*, et quidem ad desiderium ipsius parentis, qui liberorum legitime natorum existentiam expresserat, et imperator cum solemni illa clausula; *non obstante*; quae impedimenti removiva est, legi- 12
timaverat, quo casu haec legitimatio sine dubio pleno effectu gaudere debet Gail. *d. obs.* 142. *n.* 7. *et seqq*, Petr. Frider. Mindan. *de process. lib.* 1. *c.* 2. *n.* 5. Adeo ut tales legitimati plane nihil a legitimis dif- 13
ferant. Vultej. *lib.* 4. *consil. marp.* 13. *n.* 64. et hinc 14
ipsis legitima debeatur ex bonis paternis. Forster. *de success. lib.* 6 *c.* 37. *n.* 7. *et* 31. et praeteriti testamentum rumpant, Forster. *d. c.* 37. *n.* 29. *et* 32. Nec 15
obest, quod princeps talibus clausulis jus quaesitum aliis auferre nequeat. *l. nec avus* 4. *c. de emancip. liber.* Knipschild. *de fideicommiss. c.* 8. *n.* 381. Ca- 16
vendum enim, ne ex plenitudine potestatis fiat tyrannis, vel *plenitudo tempestatis*, juxta Pruckmann. *de regal.* §. *soluta potestas c.* 3. *n.* 3. unde Angelum di- 17
centem, principem ex plenitudine potestatis jus quae-

alium alteri auferre posse, mentiri, et luqui non ut *angelum*, sed *ut hominem mendacem*, dixit Gravett. 18 *cons.* 24. *n.* 29. Pruckmann. *d. l. n.* 4. egitur enim, liberos legitimos hic jus quaesitum habere quoad integram hereditatem, sed tantum quoad legitimam, utpote quae proprium liberorum patrimonium esse dicitur. Gulleret. *de renunciat. tom.* 2. *cent.* 1. *renunciat.* 19 47. *n.* 8. Non ergo habebunt jus contradicendi, si imperator, volente et potente patre in reliqua hae- 20 reditate legitimatum admitti velit. Imo si pater testamento suo reliqua bona hereditate plane extranea deferre valet, nulla quaerendi causa remanet liberis legitimis natis. Vid. Petr. Ant. de Petra *de jur. quaes. non tollend. q.* 32. *n.* 65.

21 Ubi vero haec in utramque partem disputentur, non tamen omne ambiguum est dubium. Hic enim non quaestio est, quid salva legitima reliquorum liberorum capere possit legitimatus? Sed an in praesenti casu cum ipsis in legitima stricte sic dicta concurrere 22 valeat? Certe si concurrat, quisque ex liberis legitimis nulla pro quarta parte suae legitimae diminutionem sentiret. Pone enim, parentem in bonis reliquisse 3600. thl. hic legitima liberorum conjunctim capta efficiet 1200. thaleros, hanc summam tres liberi soli inter se dividerent, quisque caperet quadrigentos; si concurrat vero legitimatus, capiet quisque tantum trecentos thaleros, et ita omnino jus illis circa legitimam quaesitum per hanc legitimationem immutatum 23 est. Hoc vero nec patrem nec imperatorem facere potuisse, dictum est supra. Vid. Petr. Anton. de Petra *de jur. quaes. non tollend. q.* 32. *n.* 47. Pelaez. *de majoratu p.* 4. *q.* 1. *n.* 149.

24 Aequum ergo visum fuit, in praesenti casu quique liberorum suam legitimam relinquere integram, et quadringentos thaleros ex reliqua massa, quam fideicommisso subjectam voluit pater, decerpere, ut ita hi liberi parificentur: nam nec pater hanc legitimam per fideicommissum praejudicare potuit.

V.

De filia illustri, juratam renunciationem successionis impugnante, ob non adeptam legitimam.

SUMMARIA

Casus. n. 1. *seqq.*
Quaestio, n. 3.
Fundamenta pro filia. n. 4. *seqq.*
Rationes pro fratribus. n. 8. *seqq.*
Decisio. n. 15.

1 Elocaverat Chlodoveus liber baro filiam suam, aetate adhuc minorennem, comiti de Mauritania promissa dote decem millium, sed hac lege, ut jurato ille renunciaret omni successioni paternae, quamdiu aliquis ex linea masculina superesset; vel, uti verba se habebant; *bis auff einen ledigen Anfall*; quod et 2 solemniter praestitit filia. Patre defuncto, cum amplissimum deprehenderetur allodium, et hinc filia se in legitima diminutam laesam sentiret, a fratribus supplementum petebat, ad quod hi, post juratam renunciationem, se non amplius abstrictos existimabant.

3 Negotio itaque ad judicium devoluto, disquirebatur: an filia, non obstante juramento, contra fratres audienda, sit?

Pro filia negabatur, quod, utut ille semel per jura- 4 tam renunciationem, jure praesertim canonico suffragante, *in c. quamvis 2. x. de pact.* juri successionis renunciaverit; attamen ipsa tum temporis minorennis fuerit. Ejusmodi vero personis, quacumque ratione laesis, jura per restitutionem in integrum succurrunt *l. 1. c. ff. de minorib.* praesertim, cum curatore speciali 5 ad hoc negotium non fuerit instructa, sine quo tamen illae hoc valide contrahere non poterat. Vid. Kellenbenz. *de renunciat. success. q.* 4. *n.* 10. Dauth. *ad d. c. quamvis n.* 61. Porro urgebatur, quod filia gene- 6 raliter quidem successioni paternae, non tamen in specie legitimae, ejusque supplemento, renunciasset; jura autem fd. plerique in hoc consentiunt, quod sub renunciatione generali, utut jurata, non continentur legitima, ob hanc rationem, ne aliquorum juramentum, (quod aliis hoc casu de jure civili, ubi pacta successoria sunt interdicta, *l.* 13. *et f. c. de pact.* effectum habere nequit, per *l. non dubium 8. c. de R.*) duo singularia simul operetur, scil. ut pactum confirmet, et in legitima praejudicet. Knock. *t.* 3. *cons.* 114. *n.* 74. *seqq.* Mynsing. 1. *obs.* 36. Dalner. *tr. de renunc. c.* 2. *n.* 36. Unde et specialis renunciatio tam 7 legitimae ipsius, quam ejus supplementi regulariter requiritur; Carpz *lib.* 6. *resp.* 46. *n.* 16.

Verum reponebant fratres, minorennitatis exceptio- 8 nem cessare, ob solemne, quod intercesserat, juramentum, quo ipso in integrum restitutio excluditur. *Auth. Sacramenta puberum, c. si adversus venditionem.* Dauth. *ad c. Quamvis de pact. in* 6to *n.* 60. *et* 109. Kellenbenz. *de renunciat. success. q.* 4. *n.* 1. Gulleret. *de renunc. tom.* 2. *cent.* 1. *renunciat.* 58. *n.* 7. *et seqq.* Imo nec laesionem hic allegare posse filiam; 9 incertum enim tempore renunciationis erat, an illa unquam patri supervictura, et ita legitimam accepturа esset. Incertum etiam erat, an non diminutionem passura essent patris bona, adeo, ut tantum sub nomine legitimae non fuisset conservatura. Ubi vero laesio ex incerto eventu dependet, ibi cessat restitutio *l.* 11. *c. de transact. l.* 12. *c. de inoffic. test.* Mascard. *de success. conventional. n.* 2. *n.* 305. Contra defectum ca- 10 reteris reponebant, quod ad vim juramento conciliandam, et conscientiam foeminae constringendam non opus sit praesentia curatoris; Franzius *lib.* 2. *resolut.* 8. *n.* 69. *et seqq.* Kellenbenz. *d. q.* 4. *n.* 10. Si enim juramentum ex mitiore facit majorem, cur non etiam idem in foemina procederet, ut curatoris absentiam suppleat. Carpz. *p.* 2. *constit.* 35. *def.* 9. *n.* 6. Accede- 11 bat et hoc, quod filia, tempore renunciationis parentes adhuc habuerit superstites, de quibus non praesumendum, quod damnum inferre voluerint filiae. Mev. *ad jus lubecens. lib.* 1. *tit.* 10. *art.* 1. Quod vero legi- 12 timae remissionem in facta renunciatione attinet, non eapropter filiae plus juris competere potest; dum enim jurato omni successioni renunciavit, non potuit non de legitima cogitasse. Gulleret. *de renunciat.* 47. *n.* 12. Ut taceam, ejusmodi renunciationes ex receptis Ger- 13 maniae moribus explicandas esse, ubi satis notum est, dote semel assignata, contentam debere esse filiam renunciantem. Knipschild. *de fideicommiss. c.* 6. *n.* 173. Hilliger. in Donellum *lib.* 19. *c.* 4. *lit. bb.* Quibus 14 suffragatur et haec ratio, quod, si filia renuncians legitimam debeat habere integram, non opus foret jurata ejus renunciatione, cum sola patris dispositio-

ne a reliquis bonis excludi possit. vid. dn. Praeses *de success. ab intestat. disp.* 8. *c.* 10. §. 193. *n.* 6.

15 Hinc concludebatur, fratres a petito legitimae supplemento absolvendos esse.

VI.

Si cum filia renunciante, bona fide actum non fuerit; et sic ipsa ejus legitimam laesa sit, omnino ei succurrendum est, ut supplementum legitimae consequatur.

SUMMARIA

Casus. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 4.
Rationes dubitandi. n. 5. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 11. *seqq.*
Decisio. n. 27.

1 In causis decidendis, pro circumstantiarum varietate, saepius diversa juris applicatione opus est. Quippe circumstantia jus quidem non variat: quia hoc generaliter saltem adaptandum est facto, non singulari ejus circumstantiae. *l.* 4. 5. *ff. de ll.* efficit tamen, ne jus, quod in thesi verum est, praesenti negotio applicari possit, mutat enim causam, in qua jus positum esse dicitur. *l.* 51. §. 2. *ff. ad l. aquil.* Apparebit hoc ex collatione casus praecedentis cum illo,
2 qui jam addurendus est. Pater quidam nobilis in Westphalia filiam suam nobili sponso elocare nolebat, nisi uterque ipsorum, et sponsus et filia, juramento promisisset, se accepta dote contentos esse, et ex reliqua haereditate, tam paterna, quam materna, in gratiam fratrum se nihil unquam, quocunque etiam fieri possit titulo, praetendere velle; hoc tantum reservato, quod forte pater ex liberalitate in testamento
3 ipsis adhuc legaturus esset. Cum itaque filia; matre jamtum orbata, et aequatorum consilio destituta, sub spe futurae liberalitatis paternae, cum sponso renunciasset, patre autem postea mortuo animadverteret, ampliissimam matris fuisse haereditatem; ex qua plus sibi de jure debebatur, quam quidem dotis quantitas se extendebat, et ita se ex laetissimo patris allodio loco legitimae parum vel nihil accepisse, contra juratam renunciationem, ex capite laesionis enormissimae,
4 se restitui desiderabat; quaeritur an legitimae petitio, contra juramentum suum, ex bonis patris ipsi salva sit?

5 Adest quidem et hic renunciatio *jurata*, jam maternae, quam paternae haereditatis; quae non tantum jure canonico vim firmitudine gaudet. *cap. quamvis de pact. in* 6. sed etiam per consuetudinem Germaniae universalem comprobata est. Cothmann. *vol.* 2. *resp.*
6 99. *n.* 103. Berl. *p.* 2. *concl.* 43. Quod et verum manet, etiamsi filia renuncians quantitatem bonorum maternorum nesciverit. Sint enim alias juramentum ad non cogitata non extendatur. Gutierez. *de juramen. p.* 7. *c.* 71. Mantica *de tacit. et ambig. convent. l.* 26.
7 *tit.* 1. *n.* 35. Sufficit tamen, quod in genere cogitaverit filia renuncians de haereditate materna, nec enim specialis certitudo exigitur. Berlich. *p.* 2. *concl.* 22.
8 *n.* 31. Atque alias horum, quod, etsi laesio adsit, non tamen propterea sit rescindenda juratu renunciatio. *d. c. quamvis ibi: omnino servari* Dunth. *ad d. c. quamvis. n.* 96. Muscul. *de success. conv. m.* 2. *n.* 203. *seqq.* Quod in enormissima quoque laesione verum esse in Saxon. statuit Carpz. *p.* 2. *const.* 35. *def.* 1: Hartm. Pistor. *p.* 1. *qu.* 6. *n.* 71. *seqq.* Et hoc ordine propter vinculum juramenti, quod toties obligat, quoties periculum salutis non concurrit. *c. cum contingat.* 9 *20. x. de jurej.* Accedit, quod tempora petendae restitutionis in integrum sint jamdudum praeterlapsa; fere enim vigesimus annus a facta renunciatione praeterit, cum tamen restitutio intra quadriennium petenda sit. *per. l. fin. c. de tempor. in integr. restit.* 10

Verum enim vero nullum juramentum stringere potest, nisi tribus hisce stipatum sit comitibus: veritate, justitia et judicio, seu plena deliberatione, animique libertate. *c. etsi Christus.* 26. *x. de jurej.* Hic autem 11
filia, ex improviso ad praestandam renunciationem juratam a patre vocata, dilationem impetrare non potuit, eaque propter plorans, nullo cognatorum consilio stipata, ex metu reverentiali patris renunciavit. Quamquam vero alias metus reverentialis renunciatio- 12
ni non noceat. *l.* 6. *c. de his quae vi etc.* tamen id intelligendum; si renuncians consilio amicorum vel cognatorum adjutus fuerit. Gail. 2. *obs.* 47. *n.* 16. Quare hoc juramentum, non ex sufficienti judicio et 13
deliberatione praestitum, plenum juramenti vim habere non poterit. Neque etiam hic renunciationem 14
praecessit certioratio, in ejusmodi casu necessaria: si enim valide et cum effectu haereditati renunciandum, non tantum de beneficiis juris, sed et de quantitate patrimonii certiorari debet renuncians. Sichard. *ad tit. Cod. Sacramenta puberum c. si adversus venditionem.* Muscul. *de success. convent. class.* 1. *memb.* 2 371. *seqq.*

Et quamvis plurimi dd. propter vim juramenti hanc 16
certiorationem existiment superfluam. Covarruv. *p.* 5. §. 1. *n.* 6. *ad d. c. quamvis* Beh. *de pact. famil. illustr. c.* 4. *p.* 88. Frantz. *lib.* 2. *resolut.* 5. *n.* 42. Attamen hoc restringendum est ad certiorationem juris, 17
qua non opus est, si quis jurato se obligaverit, sed juramentum ipsum vim certiorationis habet, Alexandr. *lib.* 1. *consil. n.* 3. Thesaur. *decis.* 222. *n.* 11. Se- 18
raphin. *de privil. juram. privil.* 63. Alia vero ratio est in certioratione facti, super quo jurandum, Gullerat. *de renunciat. lib.* 3. *c.* 10. *n.* 18. quae hoc casu est quantitas bonorum paternorum et maternorum, ubi omnino insignis differentia est inter renunciationem delatae jamtum successionis, et adhuc deferendae; in hac quidem certioratione bonorum opus non est, propter incertitudinem casuum, qui ante mortem adhuc supervenire, et patrem plane ad incitas redigere possunt. In illa vero renunciatione, quae hoc casu matrem respicit, cum mater, jam tempore renunciationis defuncta, et ita haereditas ejus filiae delata fuerit, jam certum esse poterat ex inventario materno, quantum filiae deferetur. Hoc vero, cum studio celatum fuerit, ne ad notitiam filiae perveniret, et hinc 19
inius illa ad renunciandum juri ignorato inducta, manifesto appareat, bona fide cum filia non fuisse actum, ut ita haec certiorationis intermissio dolo et fraudis suspicionem inducat; quod dilucide deducit Kellenbenz. *tr. de renunc. success. quaest.* 4. *n.* 12. *et* 13. Cum ergo ex post facto comperiret filia, sub- 20
stantiam bonorum maternorum ultra 30000. se extendisse, ex qua tertia pars ipsi ab intestato jamtum perfecte quaesita erat, non poterat non se enormissi-

me legem dicere, cum revera ex bonis paternis nihil
21 acceperit. Utut ergo non pauci dd. velint, per renunciationem juratam filias a successione in tantum excludi, ut nec supplementum legitimae petere valeant. Carpz. *part.* 3. *constit.* 35. *def.* 16. Kniphchil. *c.* 6. *n.* 173. Hilliger. in Donell. *lib.* 19. *c.* 4. *lit. bb.*
22 Hoc tamen ad fideicommissa familiae antiqua restringendum, non ad noviter introducenda, ubi regulariter pactum non valet inter patrem et filiam, per quod minuatur legitima. Kellenbenz. *de renunciat. succes. qu.* 2. *n.* 36. Praesertim, si legitimae in specie per juramentum non sit renunciatum. Fruckmann. *vol.* 1. *consil.* 48. *n.* 22. *et segq.* Papon. *de arrestis regni*
24 *Franciae lib.* 16. *tit.* 4. *arrest.* 12. Et utut alias dd. summopere contra restitutionem, ex capite laesionis enormissimae hic disputent, quia tamen hic bona fide res gesta non erat, merito in his terminis apprehendenda est camerae imperialis sententia, existimantis, renunciationem filiae, tanopere lassae, subsistere non posse. Guil. *lib.* 2. *obs.* 147. Mynsing.
25 *cent.* 1. *obs.* 36. Sicut et secundum hanc sententiam tribunal wismariense pronunciavit, quod scil. supplenda sit filiae renunciantis legitima. Mev. *part.* 3.
26 *decis.* 273. Nec resistit, quod superius adductum, juramentum etiam ad non cogitata extendi, hoc enim fallit in juramento foeminae. Seraphin de Seraphin. *de*
27 *privileg. juramenti. privil.* 2. Pariter non refragatur, quod quadriennium petendae restitutionis jamdudum elapsum sit; non enim hic de restitutione praetoria, sed civili agitur, quae usque ad triginta annos durat. Brunnem. *ad l.* 2. *c. de rescindend. vendit. n. f.*
28 Quemadmodum ad supplementum quoque legitimae per triginta annos agi potest. Guil. *lib.* 2. *obs.* 120. *n.* 7. Hilliger. in Donell. *lib.* 19. *cap.* 4. *lit. yy.*
29 Hinc pronunciatum est, filium ad tollendam conscientiae scrupulum, juxta Carpz. *p.* 2. *c.* 35. *def.* 3. relaxationem juramenti quoad effectum agendi petere, et intuitu bonorum maternorum, ab intestato ad se devolutorum, interdicto *quorum bonorum* experiri posse, utpote quod etiam triginta annos durat. Me-
30 noch. *remed.* 1. *adipisc. possi. n.* 36. Ratione paternorum vero, actionem, ad supplementum legitimae sibi locum vindicare.

VII.

Onus legitimae impositum corruit, licet testamentum, legitimam gravans, generaliter approbatum sit.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 9. *seqq.*
Decisio. n. 18.

1 Hieronymus in testamento quo filium Aemilianum scripserat haeredem, filiabus autem certa legata dederat, atque disposuerat; ut si post solutionem legatorum, et aeris alieni, aliquid ex rebus mobilibus superfuerit, illud inter filias divideretur. Quibus tamen subjiciebatur clausula: ut decedentibus filiabus earumque descendentibus, non ad extraneos veniant, sed ad familiam revertantur, quae pater filiabus ex affecto paterno in hoc testamento dederat. Mortuo patre, filiae succedebant secundum modum in testamento praescriptum. Sed post annos 30. volebat altera filiarum, Richardis, nullos liberos habens, de bonis a patre acceptis per testamentum disponere. Cui se opposuerunt fratres sororesque aliae, provocantes ad 2
testamentum paternum: vi cujus onere fideicommissi gravata fuerant bona filiarum. Quaerebatur: an bona paterna Richardis, imprimis quoad legitimam, ita onerata essent fideicommisso, ut ipsa de his disponere 3
non posset?

Richardi quidem varia non leviter obstabant. Cum juris certissimi sit, quod qui aliquid ex testamento accepit illud amplius impugnare nequeat, etiamsi fuerit iniquе exhaeredatus. *l.* 10. §. 1. *l.* 12. *ff. de inoff. testam.* Layerb. *exerc.* 45. *concl.* 8. Multo minus ergo poterit, si plus quam legitimam cum fideicommissi onere acceptit: quod fideicommissum adeo favorabile est, ut etiam illius conservandi gratia communes interpretandi regulae violari possint. Pelaez. *part.* 2. 4
quaest. 1. *n.* 7. *segq.* Porro hoc fideicommissum in favorem familiae constitutum erat; tale autem prae reliquis censetur favorabile, et benigna interpretatione adjuvandum. Mant. *de conjectur. ult. vol. lib.* 7. 5
tit. 1. *n.* 44. Pelaez. *d. l.* Cum itaque testamentum Hieronymi per approbationem tacitam filiarum confirmatum, et in se favorabile sit, generaliterque disponat, ut bona a patre profecta revertantur ad familiam, hujus voluntati standum. Neque contra approbationem illam filiae intra quinquennium restitutionem 6
petierunt, sed ultra 30. annos jam tacuerunt; quo tempore praeterlapso etiam restitutiones de jure civili competentes expirant. Pinell. *ad l.* 2. *c. de rest. vendit. p.* 2. *c.* 1. *n.* 26. Jo. a Sande *lib.* 3. *des. tit.* 4. *def.* 11. Dn. Praeses *in u. m. ff. l.* 4. *t.* 1. §. 1. *et* 2. Ideo Richardis in bonis paternis onere fideicommissi 7
gravata, et proinde de his disponere non posse videbatur.

Verum enim vero testamentum patris manifesta laborat nullitate, quoniam filiabus in ea non erat legitima institutionis titulo relicta: quod tamen in testamento quoque parentum inter liberos necessarium est. Carpzov. *p.* 3. *c.* 4. *def.* 21. Vers. *p.* 4. *decis.* 14. Fruck- 8
mann. *vol.* 1. *cons.* 34. *n.* 12. Istaque nullitas etiam post 30. annos, si a filiabus fideicommissum petatur excipiendo bene poterit opponi: quia notum, quod quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum 9
sunt perpetua *l.* 8. §. *f. ff. de dol. mal. et met. caus. except.* Quamquam autem testamentum per acceptationem legati tacite approbatum: hoc tamen non nocet legitimae, quin ea nihilominus debeatur, cum alias 10
etiam approbato testamento, illa per actionem ad supplementum peti possit. *per nov.* 115. *c.* 3. Guil. 2. 12
obs. 119. *n.* 8. Peregrin. *l.* 1. *cons.* 6. *n.* 16. et quidem sine omni onere legitimam salvam esse oportet, ita ut gravamen a patre adjectum pro non scripto habetur. *l. quoniam.* 32. *c. de inoff. test.* Carpz. *p.* 3. *const.* 12. *def.* 7. Rodericus Xuarius *in repet. ad l.* 13
quoniam. 32. *c. de inoff. test. ampliat.* 10. *n.* 14. Indeque in specie fideicommissum tamquam gravamen rejicitur a legitima. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 7. *tit.* 1. *n.* 2. In tantum, ut, quamvis expresse 14
libeti testamentum generaliter approbassent, tamen onus legitimae impositum non censemur approbasse.

15 Rosenthal. *cons.* 167. *n.* 32. Mev. *p.* 4. *decis.* 15. Praeterea feudum, filio relictum nonnisi ex quo etiam filiabus legitima debetur; Rosenthal. *de feudis c.* 7. *concl.* 13. *n.* 14. *seqq.* Carpzov. *p.* 2. *const.* 46. *def.* 24. Hujus enim intuitu filiabus vix legitima relicta
16 est; si insuper praeter legitimam hoc casu trebellianica detrahenda foret, quoniam sub conditione fideicommissum relictum. Gail 2. *obs.* 121. *n.* 6. Carpz. *p.* 3. *const.* 1. *def.* 21. Petra *de fideicommiss. quaest.*
17 15. *n.* 208. Quae trebellianica non est computanda respectu rerum restituendarum, sed portionis hereditariae. §. 21. *ad leg. falcid. l.* 91. *ff. eod.* At vero sic nequidem legitimae et quartae trebellianicae sufficiebant bona in testamento quaestionis filiabus relicta.

18 Hinc fuit decisum, quod fideicommisso non obstante, et testamento licet approbato, nihilominus Richardis de bonis ex testamento acceptis pro jubitu suo disponere liceat.

VIII.

Filio ingrato, sed patri reconciliato, an ingratitudo obstet, quominus parens legitimam sine omni onere ipsi relinquere teneatur?

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *et seqq.*
Rationes decidendi. n. 7. *et seqq.*
Decisio. n. 14.

1 Mevius a filio suo Pompejo injuriam passus fuerat, et talem quidem, quae exhaeredationi fecisset locum. Cum vero filii deprecatio et reconciliatio intervenisset, parens eum in legitima scripsit haeredem, hoc tamen sub onere, ne is posset suam portionem ad extraneam personam transferre. Filius autem hac dispositione paterna noluit acquiescere. Hinc hata quaestio:
2 an is, qui exhaeredationem meruit, post reconciliationem potuit de onere legitimae suae impetito queri?

3 Pompejo filio opponi poterat, quod reconciliatio quidem tollat actionem injuriarum. *l.* 17. §. 6. *ff. de injur. l.* 17. §. 1. *ff. de pact.* non autem restituat jura semel amissa, quoniam ea, quae turpiter amissa sunt, postliminio carent, *l.* 2. *in f. ff. de captiv. et*
4 *postlim.* Unde in specie reconciliatio effectum ingratitudinis non tollit, cum etiamsi pater ingratum filium postea adoptet, nihilominus ipsi obstet exhaeredatio *arg. l. filio.* 23. *pr. ff. de liber. et. posth.*
5 *haered. instit.* Neque vero poenitentia filii, aut deprecatio criminis ingratitudinem tollit. *l. qui ea mente* 65. *ff. de furt.* Covarruv. *lib.* 2. *variar. resolut. c.*
6 10. *n.* 3. Si ergo Mevius potuisset filium in totum exhaeredare, potuit sine dubio eumdem in legitima, ex mera liberalitate relicta, gravare. Cui enim licet quod est plus, ei etiam, quod minus est, concedendum. *l. non debet* 21. *ff. de r. j.*

7 Verum enim vero, quoniam injuria omnis per reconciliationem tollitur, adeo, ut illa amplius vindicari
8 nequeat, §. *fin. inst. de injur.* et culpa remissa culpa amplius non est, indeque nec poenam meretur. Harpprecht. *ad* §. *ult. instit. de exhaer. lib.* Quare licet
9 jura jam amissa sine gratia speciali non recuperentur, *l.* 2. *c. de sent. pass.* id tamen non venit extendendum ad jura amittenda ob solum illud factum, cujus abolitionem quis impetravit; hoc enim esset, poenam durare, licet nihil puniendum supersit. *contra l. sancimus* 22. *c. de poen.* Unde specialim jura constituunt, quod quamvis propter inimicitiam tollatur legatum, si tamen iterum in gratiam redierint, redintegretur illud. *l.* 3. §. *fin. et l.* 4. *ff. de ademend. vel transfer. leg.* Menoch. *de praesumpt. lib.* 2. *praes.* 37. *n.* 34. Ex quo communiter ad. colligunt, quod per reconciliationem tollatur exhaeredatio Harpprecht. *d. l.* Fachin. *lib.* 6. *controv.* 79. Hillig. in Donell. *lib.* 6. *cap.* 12. *lit. m.* Covarruv. *ad cap. Raynutius x. de testam. in pr. n.* 24. In primis quia hic versatur casus, 12
quo reconciliatio praecessit testamentum, non vero sequuta est; de quo posteriori casu loquitur allegatus textus *in l. filio* 23. *ff. de lib. et posthum. haered.* Quando enim reconciliatio praecessit exhaeredationem, 13
tunc plane non subsistit exhaeredatio. Zoes. *comment. ad ff. tit. de lib. et posth. n.* 19. *et ab eo citati.*

Igitur post factam reconciliationem Pompejo non 14
amplius admissum nocere poterit, atque hinc is legitimam haereditatis paternae portionem sine onere petens erit audiendus.

IX.

De supplemento legitimae a patre prohibito et post viginti demum annos petito.

SUMMARIA

Casus. n. 1. *et seqq.*
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *et seqq.*
Decisio. n. 11.

Pater illustris bona sua, quae sequali jure debebantur liberis, in gratiam filii seniopis distribuerat et eum fratres juniores nimium quantum inde laederentur, non quidem ex reverentia, patri debita, tunc temporis contradixerunt, hac ipse freti, quam et pater fecerat, in testamento paterno iniquitatem illam largissimo quodam legato emendatum iri. Mortuo vero patre, ejusque testamento publicato, apparebat, patrem non tantum iniquitatem istam non emendasse, sed potius auxisse, partim, quod usumfructum omnium bonorum ad dies vitae reliquisset matri, partim ob rigidam illam testamenti clausulam, quod filii nequidem supplementum legitimae petere debeant. Cum vero aliquot elapsis annis filius junior ex itinere et militaribus expeditionibus reversis, de jure suo melius informaretur, controversia moebatur; an ad supplementum salve sit actio?

Pro testamento paterno facere videbatur, quod illi inaequaliter inter liberos dispenere fas sit, *nov.* 107. *c.* 1. Carpz. *lib.* 3. *resp.* 43. *n.* 23. Vultej. *vol.* 1. *consil. marp.* 29. *n.* 39. et quod post tantum temporis spatium de supplemento legitimae amplius agere non liceat, nam si a legitima penitus exclusi fuissent liberi, per quinquennium a querela fuissent remoti. *l.* 36. §. 2. *c. de inoffic. testam. l.* 8. §. 10. *ff. eod.* Et cum per plures annos testamentum patris approbasset filius junior, iniquum videbatur, hoc jam im-

probato vitio, neque quod usufructus matri relictus sit; sinistre capi debebat a liberis, cum non noverca, sed mater naturalis hoc beneficio mactata sit.

6 Verum enim vero, cum hic tantum quaestio sit, non de testamento patris impugnando, sed de legitima tantum supplenda, et gravamine usufructus detrahendo, non deficiebant jura manifesta, quae filio juniori succurrerent. Patris enim inaequalis dispositio se ad praejudicium legitimae extendere nequit. Carpzov. *p.* 3. *const.* 4. *def.* 21. *n.* 7. Vultej. *d. con.*
7 *stit. t.* 29. *n.* 41. Unde supplementum legitimae filio semper potere permissum est, per annos triginta. Cavelcan. *loc. citand. n.* 98. *vid. supr. cas.* 6. §. 28.
8 Gravamen vero ex usufructu resultans sua sponte corruit, *l. quoniam* 32. *c. de inoffic. test.* unde in isti casu, si usufructus omnium bonorum matri relictus, tantum detrahendum est ex bonis, ut liberis salva maneat legitima. Borgnin. Cavelcan. *tr. de usufr. mulier. relict. n.* 98. *in med.* Carpz. *p.* 2. *const.* 12. *def.*
9 7. Anton. Faber *cod. lib.* 5. *tit.* 19. *def.* 6. Nec obest filio, quod testamentum patris generatim approbaverit, quia hoc non obstante se in legitima gravatum dicere potest. Vultej. *vol.* 1. *cons. marp.* 29. *n.* 124. Cuchus *tr. de legitim. p.* 333. *n.* 11. Mev. *p.* 4. *decis.*
10 15. Ex quo ulterius sequitur, nec patri jus fuisse, prohibere petitionem supplementi legitimae, si quidem non potuit legitimam gravare vel minuere *d. l.* 32. *c. de inoffic. test.* Verum supplementum liberis ex provisione juris debetur. *l.* 30. *c. d. t.* et nemo facere potest, ne leges in suo testamento valeant. *l. nemo* 55. *ff. de legat.* 1. sed actus contra leges susceptus, est ipso jure nullus. *l. non dubium.* 8. *c. de tl.*
11 Inde decidendum fuit, non obstante patris prohibitione supplementum legitimae usque ad triginta annos peti posse.

X.

Legitima filiarum feudalis, in Lusatia ad elocationem earundem introducta, filiabus quoque jam elocatis prodest.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 4. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 5. *seqq.*
Decisio. n. 12.

1 Joachimus, nobilis Lusatiae superioris, per ultimam voluntatem coram quinque testibus declaratam delerat sorori suae, Sidoniae, quae jam elocata fuerit, tertiam partem feudorum, *tamquam legitimam*, juxta juris canonici, et ordinationis feudalis in superiori Lusatia dispositionem. Coaetibus autem successoribus feudalibus impugnare hanc dispositionem ultimam, ortae
2 sunt variae controversiae. Quippe dubitatum fuit: an defunctus, secundum ordinationem feudalem Lusatiae superioris, potuerit ex feudo legitimam dare sorori jam elocatae?
3 Equidem ordinatio Joh. Georg. *de anno* 1652. quae facultatem concedit sororibus, ad elocationem ex feudis legitimam petendi, non videbatur extendi posse ad casum sororis jam elocatae, quia elocatio causam loco adducitur, quo citius maritum eloeanda reperiat, sed cessante causa ipsam juris dispositionem cessare indubium est. Tiraquell. *in tract. cessante causa cessat effectus per tot.* Inprimis quia statuta strictae sunt interpretationis. Menoch. *cons.* 5. *n.* 2. 3. *seqq.* Adeo, 4
ut in re dubia verbis eorum sit serviendum. *l.* 1. §. *quamvis* 10. *vers. inure igitur. ff. de jure patron.*

At vero, dolem omnante matrimonio, tam ab ipsa 5
uxore, quam a quovis alio, augeri posse manifestum, *l. si constante* 19. *pr. c. de donat. qui. nupt. nov.* 97. *cap.* 2. Neque enim ex hoc tantum capite filiabus 6
est dos constituta, ut maritum inveniant, sed etiam, ut eo commodius in matrimonio vivere possint, et ne marito difficile sit, onera matrimonii ferre. *arg. l. dotis fructum* 7. *pr. ff. de jure dot.* Et ita dos est favo- 7
rabilior alimentis. Gail. *lib.* 2. *obs.* 95. *n.* 14. *seqq.* Ut hinc in ambigue pro dote respondendum. *l.* 70. *ff. de jur. dot.* Ordinatio autem generaliter *de elocatione* 8
loquitur, unde ejus provisio ad elocationem futuram, seu filiam nondum elocatam, restringi nequit, cum favores ampliandi potius, quam restringendi. *cap. vdia* 15. *de r. i. in* 6. Neque hi obstat, quod haec ordi- 9
natio juri communi adversetur, et hinc strictissime venial interpretanda. Hartmann. Pistor. 1. *qu.* 31. *n.* 30. *seqq.* Jus enim commune hic non idem est ac jus 10
feudale commune, sed per illud intelligenda consuetudo, quae ante hanc ordinationem in superiori Lusatia fuerat observata, quia ex observantia petenda interpretatio statutorum. *argentr. consil. v.* 1. *cons.* 10. *n.* 49. In superiori vero Lusatia ante hanc ordinationem 11
poterat vassallus, deficientibus masculis, feuda sua omnia per testamentum filiabus relinquere, quod per saepe memoratam ordinationem ad quantitatem legitimae restrictum, et hinc merito elocatio plurimum interpretanda; cum restrictio juris communis extendenda non sit. Cratett. *consil.* 130. *n.* 2. *consil.* 131. *num.* 1.

Unde non obstante elocatione jam facta, existima- 12
batur, defunctum potuisse sorori suae legitimam, quae ad elocationem in ordinatione feudali permissa erat, relinquere.

XI.

Legitima feudalis, in Lusatia, in feudorum substantia, non in pecunia numerata debetur.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 7. *seqq.*
Decisio. n. 13.

In casu praecedenti et hoc occurrebat, quod succes- 1
sor feudalis loco legitimae ex feudo debitae pecunia numerata Sidoniae satisfieri posse existimaret. Cum autem Sidonia malket ex ipsa feudorum substantia suam partem legitimam capere: nascebatur quaestio nova: an ipsa pretio legitimae, in pecunia numerata solven- 2
do, teneatur ejus contenta, an vero ex ipsa substantia feudorum sit illi legitima portio danda?

Equidem alias deuda est opera, ne feuda dividan- 3
tur, cum per hanc divisionem servitia, inter plures distributa, domino feudorum minus commode, sed minime utiliter praestentur. *Dd. ad* §. 1. *inst. de actiod.*

4 tut. Servitiorum enim intuitu feudum concessum, de-
Praeses exam. jur. feud. cap. 18. qu. 32. Et vasallus
domino nullo modo, adeoque per divisionem ser-
5 vitiorum, in damno esse debet. 2. feud. 6. Praeterea
legitima tantum datur loco alimentorum, et in hoc ca-
su, ad electionem: quae nullam electionem rerum in
legitimam dantibus tribuunt; regulariter autem ele-
6 ctio est debitoris. l. 60. ff. de contrah. empt. Unde
nulla hic videtur subesse ratio, ob quam haeredi feu-
dali electio adimenda ea is ex ipsa substantia feudo-
rum legitimam dare, an vero alia ratione filiabus satis-
facere velit.

7 Sed quoniam ordinatio Lusatiae superioris de anno
1652. permittit vasallo, ut is de feudo, pro quanti-
8 tate legitimae, disponat; et inde haec dispositio ipsa
feuda afficit: cui enim testandi facultas competit, is
de rebus ipsis testari potest. Jason. in l. filius fam.
9 114. §. 11. ff. de leg. 1. Imprimis cum alias quoque
facultas testandi favorabilis l. 1. c. de ss. eccles. am-
plianda sit potius, quam restringenda. Dd. ad l. fin.
10 c. de pact. Socin. cons. 72. n. ult. Hoc autem pote-
state disponendi usus erat Joachimus, sorori non tan-
tum legitimam ex feudo relinquens, sed etiam optio-
11 nem in bonis feudalibus legans. Quemadmodum is, in
quantum ei concessa de feudo disponendi facultas hae-
redem bene gravare potuit. d. l. 114. §. 3. ff. de leg.
12 1. Gloss. in cap. 2. x. de jurej. Id ergo Sidoniae de-
bebat, quod jure permittente Joachimus illi reliquit.
per can. ultima voluntas 4. caus. 13. qu. 2. Et ne-
mo de jure cogi potest, ut aliud pro alio a debito-
re accipiat. l. 16. c. de solut. Surdus decis. 224.
num. 16.

13 Justi igitur congruere videbatur, ut filiae non tan-
tum legitima ex ipsa feudorum substantia detur, sed
etiam, juxta voluntatem testatoris, optio eidem con-
cedatur.

XII.

Legitima sororum feudalis an aucta sit in Lusatia?

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 10.

1 Evictum fuit in casu praecedenti, quod successor fe-
dalis in Lusatia, ad legitimam, in ipsa feudorum sub-
stantia, Sidoniae restituendam adstrictus sit, quaere-
2 bat autem haeres: annon quantitas legitimae, inter fra-
tres et sorores, quadrans tantum sit haereditariae por-
tionis?

3 Nam cum ab initio omnis legitima, ad exemplum
falcidiae portionis introducta, Chifletius de portione
legit. cap. 4. in quarta parte constiterit. §. f. et l. 8.
4 §. 8. ff. de inoffic. testam. Deinde vero in nov. 18.
c. 1. certa ratione gratis quidem legitima portio aucta:
sed nullibi in jure textum expressum reperiri, quod
etiam legitima fratrum ita trientem aucta fuerit, mo-
5 net. Rittershus. ad nov. p. 6. c. 5. n. 11. Quae vero
contra juris communis rationem statuta reperiuntur,
non sunt trahenda ad consequentias. l. 14. ff. de R.

6 Ex diverso autem, quia augmentum legitimae omni-
bus personis datum, quibus ab initio quidque quarta
ratio de insufficiente lege decreta est. novell. 18. c. 1.
in fin. Et ita, sine omni difficultate, hoc quoque ex- 7
tendendum ad fratres sororesve, quamvis modum etiam di-
his trientem hucusque legitimae assignant. Fachin. lib. 4.
controv. 28. Hillig. ad Donell. lib. 19. c. 4. lit. aa.
Trentacinqu. tit. de legit. resol. 3. n. 3. Berry de succ.
liber. lib. 16. tit. 2. n. 1. Richter. ad auth. novissima
c. de inoff. test. n. 57. Struv. jurisprud. rom. ger-
man. lib. 2. tit. 21. §. 3. Ipsaque ordinatio feudalis 8
ab elect. Joh. Georg. anno 1652. Lusatiae superiori
constituta, non distinguit inter filias et sorores, sed
in utrasque favorem, ad receptam in Saxonia legi-
timam provocans, pro quantitate ejus, quae sine du-
bio ibidem, secundum auctores allegatos, est trien-
tis, de feudo disponere permittit. Ut annem, quod frater 9
sorori ex feudo legitimam reliquens, revera eam re-
linquat ex feudo paterno, adeoque sorori tantum ex
hoc fratris testamento, quantum ex paternis percipere
legitimae loco debeat.

Quare aequum putabatur, Sidoniae ex feudo fratris 10
concedere, legitimae loco trientem.

XIII.

An in successione fraterna, soror legitimam patens, ad collationem illius, quod antea accepit, obligetur?

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 10. *seqq.*
Decisio. n. 17.

Non ita omnis controversia in casu superiori com- 1
posita fuit, sed semper remansit, quod novis dubiis
occasionem suppeditaret. Utut enim haeres feudalis
tandem onus dotandi, et legitimam constituendi, agno-
sceret, admodum tamen dubitabatur; annon filiae, quod 2
vivo fratre jam acceperat, in legitimam vel dotem impu-
tandum esset?

Sane, id quod a fratribus acceperunt sorores, in 3
collationem minime venire, tritum est, cum inter col-
laterales collationi locus non sit. Brunner. de collat.
bon. cap. 3. n. 214. Dn. Praeses tr. de success. ab in-
testat. diss. 11. c. 2. §. 19. Imo nequidem in successione 4
parentis aliter conferenda dos, quam si pater hoc in
testamento expresserit. Mangil. tr. de imput. et detract.
qu. 14. n. 2. Quia dos constituta extra patrimonium 5
constituentis est, l. pater filiam 14. in fine principii
ff. ad leg. falcid. id autem quod imputandum, ex bo- 6
nis defuncti sit oportet. l. scimus. 36. vers. repletionem
c. de inoffic. testam. et quidem ex iis bonis, quae fue- 7
runt tempore mortis. l. 73. pr. ff. ad l. falc. Mangil.
d. l. Quae et ipsa ratio est, ob quam non inter colla- 8
terales, sed descendentes tantum collatio primum in-
troducta, quia a patre accepta in ipsius dominio re-
manserunt. propter l. fin. c. de impub. et aliis subst.
Hoc vero inter fratres sororesve nullibi constitutum, 9
unde frater valide sorori donare, aliave ex causa dare,
et sic dominium atque jus suum, in rem datam, amittere
possit: quibus ita se habentibus, facto nulla subest ra-
tio, ob quam soror, ante accepta in legitimam imputare
teneatur.

10 Verum tamen quoniam in dispositione fratris non obscure immorebatur: ideo eum legitimam hanc sorori relinquere velle, quod ipse, animus justo antea in dotem
11 se operiri. Ex quo sequitur, quod intantio testatoris inerit, supplere dotem pro quantitate legitimae compentem. Sicut autem in casu, quo viduae non sufficienter
12 dotatae ex bonis defuncti mariti partem quandam capere permissum. *nov. 53. cap. 6. auth. praeterea c. un-*
13 *de vir. et uxore* jura requirunt, ut ipsis dos sua in portionem illam imputetur, Andr. Kohl. *de success. conjug. p. 2. n. 31.* Gruff. *receptar. sentent. §. succes-*

sio qu. 39. p. 4. Ita ob rationis identitatem idem quo- 14
que ad praesentem casum applicari poterit. Ut taceam, 15
quod successor feudalis nimiae dotis praestatione onerari non debeat. Vultej. *v. 4. cons. 7. n. 1. seqq.*
Et in saepius dicta ordinatione Lusitiae superioris, de 16
dote filiae sorórive constituenda, sine distinctione cavetur: indeque absurdum foret: foeminas ex illa constitutione plus juris in fratrum, quam patrum haereditate fuisse adeptas. Hinc ei collationis onus in- 17
cumbere existimabatur.

DISPUTATIO DECIMA SEXTA

DE PROBATIONIS PROBATIONE MELIORI,

PRO LICENTIA.

D. APRILIS MDCCV.

JOH. DAVID LUEDCKE, H. S.

Q. D. B. V.

CAPUT I.

Continens ingressum materiae.

SUMMARIA.

Dissensionum inter mortales origo. n. 1.
In his componendis sollicita est jurisprudentia num. 2. seqq.
Pluralitas votorum hic inventa. n. 4. seqq.
Bl. scriptis quare opus fuerit? n. 7.
Praescriptio tendit ad lites abbreviandas. n. 8.
Cujus variae sunt species. n. 9. seq.
Quatenus haeres in delictis obligetur? n. 11.
Praescriptionis immemorialis efficacia. n. 12. seqq.
Haec induxit bonam fidem. n. 14.
Alia remedia lites abbreviandi. n. 15. seq.
Commendatur ordinatio prov. Magdeburg. n. 17.
Probatio ad certos terminos restricta. n. 18.
Quandoque tamen admittitur melior probatio. n. 19. seqq.

1 A hominabilem protoplastorum nostrorum lapsum, praeterquam quod nos sacratissimae Trinitati detestabiles fecerit, inter caetera nobis discordiarum malum, et contradicendi studium contraxisse, nemo nostrum inficiabitur; non enim dubitandum, quin in statu integritatis omnium fuisset idem velle et idem nolle, cum homo ad summae creatoris imaginem efformatus, cujus constans omnino et immutabilis voluntas; et in illa fundatum credo quod, vult Jctus Ulpianus *in l. 17. §. 6. ff. de recept. arbit.* sturalem scilicet esse hominum ad
2 dissentiendum facilitatem. Verum cum reipublicae interesit, ne inter subditos aint discordiae, *l. 21. §. fin. ff. de capt. et postl. rev. et arg. l. 13. §. 3. v. aequissimum esse etc. de usufr.* et lites inter illos enatae fiant immortales *l. properandum 13. c. de judic. l. 2. c. de re judic.* Jurisprudentia tum romana, cum et nostri 3
aevi, ut ejus officium tollere fomenta et occasiones litium. *l. 21. ff. si cert. pet.* et si fieri potest, restringere, non autem laxare, ne finis omnis fiat principium alterius. Ludov. de Penn. *in l. 20. c. de agric. et cens. n. 5. v. et generaliter.* Paciu. *cons. 2. n. 54.* non parum sollicita, finem dissensionum facere, si corpori, vel universitati, in unum coeundum, vel et singulis certi quid sese invicem statuendum. Est, ut 4
reliqua taceam, non odius, sed omnium fere gentium consensu probatum, ut pars major in civilibus negotiis habeat rationem integri, ita, ut reliqui, qui non consenserunt, stare debeant decreto partis majoris: et 5
hoc non directe propter consensum, ut sunt verba H. Grot. *de imp. summ. potest. circ. sacr. c. 4. n. 6.* sed indirecte et interpretative; non quidem ex jure, quod pars major in ipsos habet, tanquam superior, sed ex illa naturae lege, quae vult partem omnem, qua pars est, ordinari ad bonum totius, quod bonum saepe sine aliqua speciali determinatione non potest haberi, neque ista determinatio effectum sit habitura, si, quae pluribus placuerunt, ea paucis liceat rescindere. Ex qua naturali ratione et ficere videntur, 6
quae Jcti nostri sibi construxere axiomata: quod major pars curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint, *l. 19. ff. ad municip. et in l. 160. §. 1. ff. de r. j.* referatur ad universos, quod publice fit per majorem partem; extollendus tamen omnino et ille juris- 7
prudentiae labor, quem in ea praestitit, quod bonis

moribus exceptibus a extraor. harium modum legum scriptarum progressu. Vid. illustr. d. Thomas. *dissert. de mor. cum jur. script. contend.* §. 14. litigantibus in processu peragendo certis includit quasi cancellis, et laxam eorum temperavit facultatem.

8 Hinc est, quod non solum regulariter praescriptam velit civilem actionem spatio 30. annorum, *l. 3. c. de praescr. 30. v. 40. anni.* excepta hypothecaria seu serviana, quando agitur contra ipsum debitorem ejusque haeredes, 40. annorum spatio *l. 7. §. 1. c.*

9 *h. t.* Nonnullas et breviori comprehendat termino, biennio scilicet querelam non numeratae pecuniae adversus debitorem *l. 14. pr. et §. 2. c. de non num. pecun.* Quinquennio querelam inofficiosi testamenti. *l. 36. c. de inoff. test.* Petitionem separationis. *l. 1. §. 13. ff. de separ.* Petitionem rei, quae ob non solutum vectigal in commissum cecidit, *l. 2. c. de vectig. comm.* Delectionem collusionis. *l. 2. pr. ff. de collus. detect.* Anno actionum injuriarum *l. 5. c. de injur.* Praetorias vero actiones, (si rei persecutoriae exceptis actione doli, quae biennium durat, *l. fin. c. de dolo malo.* Actione in factum ex edicto de alienatione judicii mutandi causa. *l. 6. ff. de alien. jud. mut. caus.* et iis exceptis, quae contra jus civile introductae, ut quae anno excludantur actii. *l. fin. c. de temp. in integr. rest. l. 35. pr. fin. ff. de o. et a.*

10 Quales sunt actio rescissoria. §. 5. *instit. de act.* Redhibitoria et quanti minoris, *l. 19. §. fin. l. 28. et 38. ff. de aedilit. edict.* Actio publiciana *d. l. 35. in fin. d. o. et a.* Pauliana *l. 1. et 6. §. fin. ff. quae in fraud credit. fact. l. fin. c. de revoc. his, quae in fraud. credit. fact.*) itidem 30. annorum; et si poenales unius anni decursu extinctas velit. *d. l. 35. ff. de o. et a.* B. Brunn.

11 *ad d. l.* ut tamen in his et post annum extorquere liceat, quod ex delicto defuncti ad haeredem primum pervenit, *l. 17. ff. quod met. caus.* ob elegantissimam rationem, quam assignat Jctus Pomponius *in l. 38. ff. de r. j.* quod sicuti poena ex delicto defuncti habere teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset. Et tandem immemorialem praescriptionem, de qua in specie videre licet accuratissimam disput. avunculi mei filiali observantia deprecandi d. Andreae Ockelii consulis hujus civitatis gravissimi, et scabinatus, qui hic est, subsenioris longe meritissimi, quam in illustri altorfina pro obtinendis summis in jure honoribus anno 1662. habuit, tantis dicaverit privilegiis, ut praescriptio temporis immemorialis nunquam intelligatur exclusa per legem vel statutum, quantumcunque verbis generalibus utantur, et vim dicatur habere privilegii, quia quod et currat contra expressam in lege vel statuto factam hujus vel illius prohibitionem, vid. Carpz. *l. 1. resp. 38.* Reinking. *de r. s. et e. l. 1. cl. 5. c. 2. n. 26.* Et imprimis consummatae eruditionis fetus. B. Brunn. *ad l. 3. ff. de aqua quotid. n. 6. l. 1. et 2. n. rei donin. vel templ. l. 5. c. de fund. rei priv. et l. ult. d. t. n. 11.* qui aperte docet, contra jura asseri, quoad principis bona et jura immemorialem praescriptionem non habere locum. Cui et adstipulatur

Bas. *de praescr. 30. l. 30. annorum in rubr. n.* 399. Bona, dicens, aliquari prohibita favore publicae utilitatis, quae potissimum versatur in eo, ut litium tandem aliquis sit finis, et ne dominia maneant in incerto, *l. ult. ff. pro suo l. 1. ff. de usurp. et usucap.* nihilominus ejusmodi possessione acquirantur, ut ob talem praescriptionem omnis actio tollatur. Et 14
praescriptione immemorialis in tantum indultum bona fides, ut non inducatur mala fides cognita. d. Harpprecht *cons. tubing. p. 3. cons. 93. n. 84.*

Porro remedium litis mitigandi supplicat B. I. de 15
anno 1705. §. *demnach sollen die gewöhnliche etc. et de anno 1594. §. Setzen demnach, ordnen, und wollen etc.* Ord. Cam. *p. 3. tit. 3. §. fin.* ut oboriente processu omnes exceptiones simul sint propoundae; huc 16
etiam pertinet, quod temere litigantes gravissime punitos velit, inprimis si frivola extravagentur appellationibus, docente hoc *r. i. de anno 1600. §. 17. und ob wohln etc.* Parthen. Jitigios. *l. 2. cap. 14. n. 12. 20.* Et impossibile est, ut recenseantur omnia regula per quae provida jurisprudentia dissensiones etiam in processualibus coercitas velit, quod in nulla bene constituta republica desint publicae ordinationes processuales, quae litigantibus praescribunt, quomodo esse in processu gerere debeant; quibus et gaudet vel 17
maxime ducatus noster Magdeburgicus, ubi potentissimus, rex Borussiae, Dominus noster longe clementissimus, non solum anno 1686. ordinationem processualem publici juris fieri, sed et illam anno 1696. singulari industria revideri, mendisque in locis augeri curaverit, in quibus rex sapientissimus id potissimum cordi habuit, ut processus omni modo, quo fieri possit, abbrevientur. Quo de causa et in permultis a jure, quod dicitur, saxonico, facius est recessus, et breviores ad hoc vel illud peragendum dati sunt termini.

Cujus veritas et exinde patet, quod probationem regulariter mensium recipere, et pro re nata vel bimestri vel trimestri spatio sub praeclusionis poena eam expedire jubeat, et quae plura sunt talia, verum enim vero, 18
cum nulla lex adeo firma sit, quae non patiatur suas exceptiones, disputatum legi, et quidem occasione sententiae non ita pridem ab inclyta facultate juridica marpurgensi sequentem in modum propunciatae: *Dass Klager ihr termin legalem besser als bishero geschehen, darzuthun schuldig, etc.* Pari ratione nuper adhuc ad 19
consultationem amplissi. facult. jurid. Helmstad. pronunciavit supremum dicasterium marchionatus inferioris lusatiae *In causa des Herrn Abts und Convents zu Neuen Zell, contra die Gebrüdere und Vettern von Kieckpusch, dass nemlich Beklagte die gefoderten Meliorations-Kosten binnen Saechsischer Frist anderer Gestalt und besser, als geschehen, zu erweisen verbunden.* Num sententiae haec juri sit conformis, et num absolutis jamdudum probatione, quia didicitis testium attestationibus, novam et meliorem instituere liceat probationem? Et haec est summa scholiasmatis mei disputationi, quam pro viribus, quas exiguas agnosco, brevibus exponam, quod ut feliciter fiat, summum Numen submissime imploro.

CAPUT II.

De probationis indole et diversitate.

SUMMARIA

Definitiones rerum sunt in jure periculosae. n. 1. seq.
Exhibetur definitio probationis. n. 3.
Quae dicatur melior probationis probatio? n. 4.
Recensentur distinctiones probationis. n. 5.
Actore non probante vel probationem negligente reus absolvendus. n. 6.
Speciale quid notatur, si reus propterea absolutus, quod actor probationem neglexerit. n. 7. seq.
Num liceat reo in processu executivo actori super ipsi opponendis exceptionibus juramentum deferre? n. 9. seq.
Negativa refertur de jure saxon. n. 11.
Affirmativa de jure magdeburgico. n. 12. seq.
De jure magdeburg. licita est in processu executivo probatio per testes. n. 14.
Quamvis iterum secus de jure saxon. n. 15. seq
Notatur sententia Carpzov. de examine testium a notario in processu executivo suscepta. n. 18. seqq.
Qu. Num et suppletorium in processu executivo locum habeat? n. 22.
Nudis conjecturis et praesumptionibus solutio bene doceri potest. n. 23. seqq.
Referuntur praejudicia sibimet invicem contraria. n. 27. seq.
Concluditur, sententiam affirmativam tandem obtinuisse. n. 29.
Terminus probatorius de jure communi est arbitrarius. n. 30.
Cum quo et concordat ordin. cam. imper. n. 31. seq.
Non licet judici dilationes probationum ad infinitum extendere. n. 33. seq.
Ne lites fiant immortales. n. 35.
Terminus probatorius de jure magdeb. est regulariter spatium unius mensis. n. 36.
Jus vero saxon. illum extendit ad sex hebdomadas et tres dies. n. 37.
Et est terminus probatorius omnino peremptorius. n. 38. seq.
Modo certum tempus in sententia sit assignatum. n. 40.
Non potest judex effluxo probatorio termino partem ad novam probationem admittere. n. 41. seq
Nec licet probanti post terminum directorium testium mutare. n. 43.
Nec additionales articulos addere, aut quicquam circa oblatos mutare. n. 44.
Quamvis haec omnia liceant stante adhuc termino. n. 45.
Reservatio sive protestatio legi publicae contraria nihil operatur. n. 46.
Qu. Num juramento sit locus, si probatio injuncta? n. 47.
Rsp. sub distinctione. n. 48. seq.
De jure saxon. electorali negativa est vera. n. 50. seq.
Non licet probanti certo probationis remedio semel electo postea variare. n. 52.
Refertur sententia juris magdeburgici. n. 53.
Potest reus conventus in processu executivo actori super opponendis exceptionibus de jure magdeburg. juramentum deferre. n. 54.
Modo ipsi earum probatio per sententiam nondum injuncta. n. 55.

Sine ambagibus autem me statim ad ipsam probationis definitionem accingo. Quamvis ingenue fatear, et talem in jure civili esse summe periculosam, ita ut secundum effatum Javoleni in *l.* 202. *ff. de r. i.* parum, sive ut Dionys. Gothofr. *in s. not. ad d. l. n.* 29. vix quaedam sit, quae non subverti possit; quod licet de regula explicent alii, eodem tamen res redit, cum omnis definitio etiam contineat regulam. Quod in specie timendum de probationis definitione, ut in qua dd. vel maxime variant, prouti pluribus demonstrat Pacian. *sup. cit. cap.* Decem probationis enumerans definitiones, annectendo tandem, praeeunte ipsum Salicet. *in rubr. c. de probat. n.* 1. ex tot definitionibus summatim enunciatis posse benignum lectorem, quam maluerit amplecti, ut cui satis erit, intelligentiam rei habere; imo definitiones illis, qui rem et effectum cognoscunt, esse supervacuas, ignorantibus vero non necessarias. 1 2

Placet tamen in praesenti ea, quam exhibet cum Mejero *in c. j. a. de prob. et praesumpt. th.* 2. Eckolt. *ad d. t.* §. 1. *Quod sit actus judicialis, per quem de re dubia et controversa fides fit judici, ut quemadmodum sententiam ferre debeat, intelligere possit.* Ex qua facile et est percipere, quid sit? 3

Probationis probatio melior est actus ejusmodi secundus, quem, peracto primo, adhuc suscipit actor, ad defectum prioris probationis supplendum, seu ad negotii fidem clariorem judici faciendam. 4

Neque erit, quod diu immorer divisioni, qua dispescitur probatio in plenam et semiplenam, in judicialem et extrajudicialem, artificialem et inartificialem, utpote quae ex systematibus juris sunt plus quam notissimae. 5

Quod vero in omni processu sive ordinario sive summario, probatio locum sibi vindicet, nemo itidem erit, qui inficias ibit, cum, non edocta actoris intentione, reus omnino sit absolvendus, etsi nihil praestiterit, i. e. neque suas exceptiones opposuerit, neq; oppositas probaverit, *l.* 4. *c. de edendo l.* 2. *et* 8. *c. de probat. l.* 9. *c. de except. s. praescript.* Et constat, rei non interesse, ut actio probetur, sed potius ut non probetur. Cum actor debeat metiri jus suum agendi ex persona sua, non autem ex non jure rei. Pacian. *de probat. l.* 1. *c.* 61. *n.* 5. *l.* 25. *c. de r. v.* et ad eam b. Brunn. Quod circa tamen ut speciale quid notandum, quod est summi hujus Jcti *in n. f. ad d. l.* juncto argumento. *l.* 15. *ff. de except. rei judic.* cui et adjicere licebit, *l.* 25. *d. t.* quod, quando reus absolutus est, propterea, quia actor suam intentionem non probavit, vel potius neglexit, haec sententia videatur mere interlocutoria, et actor, non obstante rei judicatae auctoritate, denuo agere possit, nisi reus de jure suo docuerit; cujus ratio in *l. Julianus.* 60. *ff. de condict. indeb.* quod ejusmodi mere absolutoria, quia nihil ab actore foerit probatum, non tollat obligationem natu- 6 7 8

ralem, j. Menoch. *l.* 8. *cons.* 795. *num.* 30. c. Klock. *vol.* 2. *cons.* 45. *n.* 35. *et cons.* 98. *n.* 43. Et hinc est, quod docet. J. P. Surd. *l.* 2. *cons.* 189. *n.* 40. Sententiam latam ob defectum probationis non parere exceptionem rei judicatae etiam inter easdem personas, si meliores probationes postea fuerint repertae.

9 Sed quaestionis est: num omnes modi probandi, ut in processu ordinario, aeque habeant et in processu
10 summario executivo locum? Et hinc quaeritur: num liceat reo in hoc processu super exceptionibus suis actori opponendis juramentum deferre?
11 Negativam propugnant dd. juris saxonici prouti videre est in Carpz. *l.* 3. *resp.* 52. *p. tot. ejus jpr. for. p.* 1. *const.* 12. *def.* 36. *et in processu. tit.* 11. *art.* 1. *n.* 11. *et seqq.* dn. Schwend. ad Fib. *pr. p.* 2. *c.* 2. *m.* 2. *sect.* 1. §. 4. *n.* 604. Ex ratione, quod in *ord. polit. elect. saxon. de anno* 1612. *tit. von Justitien-Sachen.* §. *weiter und sum* 19, *vers. dieweil den dieses suchen etc. resol. grav* J. Georg. 2. *tit. von Justitien Sachen* §. 3. *et* 4. illud expressim sit prohibitum, et quod opponendae a reo exceptiones requirant probationem in continenti faciendam, h. e. quae non plus exigit temporis, quam requirit ipsa executio, dn. L. G. Martini. *ad o. p. s. tit.* 39. §. 3. *n.* 66. quam sententiam de terris electoratus Saxoniae submisse veneror, cum illic sit praescriptae legis: neque meum, in ejus rationem inquirere. Verum secessum ab hac facit communis fere dd.
12 schola. Et quidem, ut mihi videtur, non sine justis rationibus, quas enumerare supersedeo, ne plagium videar committere literarium, cui tamen volupe est penitius in eas inquirere, recensitas illas inveniet in mo-
13 do cit. dr. Martin. *n.* 80. *seq.* et ejus specialiter desuper conscripto tractatu, cui titulus: *an conventus ex instrumento guarintigiato in processu executivo super exceptione solutionis etc. contra id opposita jusjurandum actori deferre possit?* Brunnem. *in pr. civ. c.* 1. *n.* 54. *et ad l.* 38. *ff. de j. j. n.* 9. *et seqq.* qui in specie refutat, quae Carpz. extra expressam legem pro hac stabilienda adducit; cum quibus concordat et *o. p. magd. c.* 29. §. 3. *et c.* 47. §. 11. ut quae reo expressis permittit verbis: *Wann gleich ex instrumentis Guarentigiatis executive auff Recognition, Brieff und Siegel geklaget wird, dem Klaeger super oppositis exceptionibus ju-*
14 *ramentum deferre judiciale;* quae debitoribus conventis adeo etiam benigna, ut et ipsis probationem in processu executivo permittat per testes expediendam, prouti
15 ex S. *praec.* 10. *dist. cap.* 47. videre licet. A qua tamen, etsi et juri communi, docente Brunn. *cons.* 92. *n.* 2. omnino conveniens, paucis exceptis et ab eo enumeratis causis iterum abhorrent dd. juris saxonici. Möller. *lib.* 3. *sem. cap.* 36. *n.* 1. Carpz. *l.* 2. *resp.* 5. *n.* 5. ex ratione, quod sicuti creditor vel actor paratam petens executionem, extra processum ordinarium, et debito per instrumentum, vel confessionem adversarii, et non per testes judici fidem facere debeat, utique nec reus in probandis exceptionibus jure testium gaudere possit ex natura correlativorum, quorum uti una est ratio, ita et eadem juris dispositio. *arg. l.* 41. *ff. de r. i. l.* 21. §. *pen. ff. de rec. arb.* Et quod actor
16 et reus circa probationes ad paria judicari soleant, Carpz. *p.* 3. *dec.* 269. *num.* 3. *seqq. et in pr.*
17 *tit.* 22. *art.* 4. *num.* 32. *et* 34. Verum ad haec accurate satis respondit multum cit. dn. Martin. *ad d. n.* 92. quod deductum a correlativis argumentum cesset, ubi diverse inter illa apparet ratio. c. Kloch *vol.* 3. *cons.* 123. Finckelth. *obs.* 30. *n.* 46. *et obs.* 88. *n.* 13. Qualis omnino in eo latitat, quod rei conditio, quando de ejus liberatione agitur, longe sit favorabilior, quam ipsius actoris *l.* 125. *ff. de r. i.* Displicet tamen Carpz. quem 18
alias maximi habeo, opinio, in *jpr. for. p.* 1. *const.* 8. *def.* 30. dicentis, si reus contra instrumentum liquidum excipiens in processu executivo, coram notario et testibus, praevia judicis commissione testes super causa exceptionis examinare fecerit, et instrumentum solemne desuper confectum intra eumdem terminum exhibere voluerit, quod hujus productione et exhibitione omnino sit audiendus; vel ex illa ratione, 19
quod testes non citata parte adversa ad videndum jurare, nec requisitis prius hujus interrogatoriis, examinati, si non plane nullam, exiguam tamen mereantur fidem; J. V. Honded. *vol.* 2. *cons.* 56. *n.* 21. Nec est, 20
quod dicatur, auctoritatem notarii, et desuper ab ipso confecti instrumenti haec supplere, cum, quae de forma negotii sunt, per aequipollentia minus possint expediri; et quamvis ut consentiens citetur Brunn. *in d.* 21
cons. 92. *n.* 33. non tamen ut mihi videtur, ejus est mens, Carpzovio ita unde assentiri, quod taliter examinatos antea testes praesente et volente creditore repetitos velit.

Sed ulterius quaeritur: num juramentum suppleto- 22
rium, in processu scilicet executivo locum sortiatur, ubi reus suam intentionem per aliquot conjecturas, vel unam vehementem juris praesumptionem, qua de M. Wesenbec. *vol.* 2. *cons.* 24. *num.* 11. probabilem reddidit? Negativam iterum defendunt dd. I. Sax. ob auctoritatem *constit. elect. augusti. p.* 1. *const.* 8. *Jedoch dass dieselbige ex confessione partis productis instrumentis etc.* vid. Carpz. *ad dict. const. def.* 16. Placuit tamen extra Saxoniam 23
affirmativa, cum certum sit, nudis conjecturis et praesumptionibus solutionem integre doceri posse, ad hoc, ut debitor, ejusque fidejussor, vel tertius possessor, ab intentata actione absolvatur, v. dn. F. C. Harppr. *vol.* 2. *cons. Tubing. cons.* 34. *n.* 200. et ab ipso citati Steph. Gratian. *p.* 3. *discept. forens.* 881. *n.* 3. V. de Franch. *dec.* 361. *in fin.* I. P. Surd. *dec.* 105. *n.* 4. Cothm. *vol.* 4. *resp.* 22. *n.* 4. et iterum dn. Harppr. *cons.* 95. in quo a *n.* 92. multas enumerat praesumptiones pro solutione concludentes. « Quod et 24
« ex mente Mev. *p.* 4. *dec.* 315. *et dec.* 354. *n.* 5.
« plures praesumptiones juris sui adducens, satisfaciat
« omnino decreto probationem ipsi injungenti, qui et
« legi meretur in subs. *dec.* 355. ubi accurate docet,
« quando praesumptio exceptionem eatenus faciat li-
« quidam, ut paratam impediat executionem. » Et 25
secundum I. Fichard. *vol.* 2. *cons.* 195. *n.* 2. deficientibus probationibus deveniendum sit ad praesumptiones, quod licet praesumptio proprie non sit probatio, sed probationis revelatio, tamen quodammodo ad probationis species referatur, ut liquet ex Rubr. *ff. de probat. et praesumpt.* Et quod in decretalibus 26
statim post *tit. de test. et fide instr.* subjungatur *tit. de praesumptionibus.* Secundum quam sententiam pronunciatum quoque non solum in judicio Salinari Hallensi, sed et id summo illustriss. regiminis, causa per appellationem ad illud devoluta. Cum etenim con- 27
veniretur J. J. D. ab haeredibus J. J. H. ex instrumentis omnino liquidis, ex his a primo opponeretur

solutionis exceptio, cujus probationem per praesumptiones suscipiebat; non dubitavit judicii salinatorii tunc temporis praeses longe meritissimus excell. Reginiinis consiliarius dn. Dr. Hondorff, cujus memoria mihi semper venerabilis. m. martii. 1694. sequentem in modum pronunciare: *Würde über die der Bezahlung halber sich ereignenden Vermuthungen Beklagter vermittelst Cörperlichen Eydes erhalten, dass Er derer Klaegere Vatern seel. die geklagten drey Schuld Posten bezahlet habe, Immassen Ihm zu thun obliget, so haette er dasjenige, was Er vermöge Abschiedes voriges Jahres beybringen sollen, und Er sich angemasset, nach Nothdurfft beygebracht, und waere Er so dann von der wider Ihn angestelleten Klage zu entbinden, und Klaegere Ihme die zurück gebliebene Obligationes auszuantworten verbunden*, adjectis pro fundanda sua decisione Carpz. *jpr. f. p.* 2. *c.* 29. *def.* 11. Mev. *p.* 1. *dec.* 79. *n.* 1. *et p.* 4. *dec.* 354. *n.* 3. *et* 4. Freyer. *de solut. c.* 11. *membr.*
28 3. *n.* 71· *et memb.* 4. Et quamvis, ad interpositam leuterationem ab haeredibus J. J. H. Inclyta facultas juridica lips. secuta procul. dubio specialem electoratus Saxoniae dispositionem, actis ad ipsam pro concipienda sententia transmissis, hanc corrigeret, et correctoriam ad reiteratam leuterationem I. I. D. J. U. Scabinatus ejus loci actis ipsi concreditis, approbaret illustriss. tamen regimen hujus ducatus, causa ad illud per appellationem devoluta, priorem sententiam M. Julii 1696. decernendo: *Nunmehro aus denen Acten so viel zu befinden, dass die in der Leuterungs Instantz den* 3. *nov.* 1694. *und den* 8. *nov.* 1695. *ausgefullene Urtheil zu reformiren, und es bey deren Thal Gerichten am* 10. *martii* 1694. *eröffneten Abschiede lediglich zu lassen*, confirmavit, cui et
29 calculum suum addidit ad interjectam partis adversae in hoc judicio leuterationem, inclyta facultas jurid. jenens. mens. maj. 1698. pronunciando: *dass er der eingewendeten Leuterung ohngeachtet bey dem Mens. Julii vorigen Jahres publicirten Abschiede zu lassen*, et tandem, ad ejus oberleuterationem, facultas jurid. effordiensis pronunciavit: *dass es bey vorigen Urtheil zu lassen*, quae sententia et finem processui imposuit.

30 Neque opus erit multis explanare, quem intra terminum probatio sit suspicienda? quod nemini ignotum, terminum de jure communi esse arbitrarium, et quod judex dilationem secundum qualitatem causarum, et personarum, et distantiam locorum, concedere possit. Mev. *p.* 5. *dec.* 104. *n.* 5. *et dec.* 316. *n.* 8. Ita ut secundum *l.* 1. *c. de dilat.* si ex provinciis, ubi lis agitur, vel persona vel instrumenta poscantur, non amplius, quam tres menses indulgeantur, si vero ex continentibus provinciis, sex menses custodiri justitiae sit, in transmarina autem dilatione novem menses computari oporteat. Quod arbitrium etiam probat
31 camera imperialis, secundum *ordin. cam. p.* 3. *tit.* 16. §. 3. *und dem Klaeger etc. et* §. 6. *v. nach Gestalt und Gelegenheit der Sachen und Parteyen gemaessiget werden etc. R. I. noviss. de anno* 1654. §. 50. *nach Gestalt und Gelegenheit. et* 54. *nach Verscheinung der Zeit, so zum Beweisthum*, Gail. *l.* 1. *obs.* 91. *n.* 13. Roding. *pand. cam. l.* 3. *tit.* 26. §. 11.

32 Dixi vero arbitrarium, non ea intentione, quod concessio dilationis mere sit posita in arbitrio judicis, quod et si naturali aequitati conforme sit, ut dentur dilationes in judicio, illa tamen non permittit, ut in infinitum illae concedantur, hinc integrum cuivis est, qui in rep. summum tenet imperium, ut modum aliquem ponat, adeo, ut peccare dicatur C. Ziegl. *summo Jcto in s. dicastic. concl.* 28. Judex. qui in concedendis dilationibus nimis liberalis est. Interim ju- 34
dex pro distantia locorum minorem, vel majorem dilationem indulgere potest, alias non est in ipsius arbitrio, dare dilationem vel non, aut dare plures pro arbitrio suo. Quamvis plerique eam sibi sumant licentiam, et frequentibus dilationibus lites faciant immortales. Idem hoc arbitrium relictum est regimini 35
regis *O. P. Magdeburg. c.* 30. §. 1. *v. welches auff unserer verordneter Cantzler und Raethe Ermaessigung stehet etc.* quamvis secundum illam, ut praemonitum, ordinarium sit tempus unius mensis spatium 36
contra jus saxonicum et electorale, ubi terminum ad 37
sex hebdomadas et tres dies restrictum esse constat; quem terminum tamen, sive a judice, sive a lege sit 38
datus, peremptorium cum Brunn. *ad l.* 1. *c. de dilat. n.* 20. omnino volo, etsi in assignatione dilationis verbum *peremptorie* non contineatur, cum quo item *O. P. Magdeburg. emend. et revis. c.* 30. §. 1. 39
und zwar diesem eine praeclusivische Frist oder nur certum tempus etc. erkandt, sollen demnach etc. nam 40
si nullus certus terminus in sententia fuerit praefixus, nec lege determinatus, actorem probationibus suis haud excludi statuo, etsi causam aliquandiu neglexerit. Ziegl. *in int. ad process. c.* 10. §. 3.

Caeterum judex, neque ex officio, neque ad instan- 41
tiam ipsius partis, alium probationis terminum, hoc effluxo, concedere, et ad probationem partem admittere valet, Carpz. *in jur. prud. for. p.* 1. *const.* 16. *def.* 1. *n.* 4. *j.* Phil. *ad dec. elect.* 4. *obs.* 1. *n.* 6. nam probatione intra terminum legitimum haud facta, 42
producens facultate probandi omnino cadit, etiamsi ultimo die post elapsum termini momentum probare aut commissam moram purgare paratus sit, cum teste Mev. *p.* 7. *dec.* 36. exclusio per lapsum termini probatorii non egeat vel accusatione contumaciae, vel proclamatione. Nec licet directorium testium mutare, 43
quod per mutationem directorii in effectu novi producantur testes, Carpz. *l.* 3. *resp.* 86. *n.* 6. *seqq.* Berlich. *p.* 1. *concl.* 38. *n.* 47. dn. Schwend. *ad proc.* Fibig. *p.* 1. *c.* 2. *memb.* 3. §. 15. *p. m.* 624. Nec additionales articulos addere, aut quidquam circa 44
articulos oblatos mutare Carpzov. *p.* 1. *const.* 16. *def.* 7. *n.* 1. et in *proc. tit.* 13. *a.* 1. *n.* 114. probante haec omnia cit. *O. P. Magdeburg. c.* 30. §. 3. Quam- 45
vis stante adhuc termino probatorio secundum illam cuncta haec sint permissa, quae et §. 2. *praec.* 2. post terminum elapsum non admissam vult impedimenti probationem, nisi probanti in jure adprobatae sint causae, ex quibus restitutionem petere possit in integrum; etiamsi producens durante termino de ea 46
fuerit protestatus, quia reservatio seu protestatio haec est contraria legi publicae, quae terminum probationis vult exclusivum, adeoque nulla et irrita. Gail. *l.* 1. *obs.* 107. *n.* 15.

Sed id quaestionis est: si probatio fieri debeat, num locus sit juramento? Placet hujus decisionem petere ex illustr. dn. Bergeri, antecessoris Witebergensis celeberrimi *electis proc. provoc. th.* 27. distinguentis, 47

an a lege imponatur probatio, an vero per sententiam,
48 aut vi conventionis; et priori in casu juramenti delationi locum esse, quoniam jusjurandum omnino vocabulo probationis, quam lex imperat, continetur. *l.*
49 35. *pr. ff. de jurejur. l.* 25. §. 5. *ff. de probat.* Non vero in casu posteriori, nisi quis ante sententiam facultatem deferendi sibi reservaverit, vel propterea, quod tum in sensu civili, et secundum intentionem partis, atque adeo late probationis vocabulum sit capiendum; de quo tamen ipse tandem thesin concludit: in foro praesertim electorali saxonico sententiam
50 indistincte negantem iterum iterumque in disceptationem vocatam obtinuisse, dissentiente quoad probationem per sententiam injunctam. Mev. *p.* 4. *decis.* 6. Quem non ita pridem, *m. sc. maj.* 1702. *Jcti Mar-*
51 *purg.* in causa, *f. d. et c. contra c. br.* in sententia ill. hujus regiminis, ad acta data sequuti; qui tamen minime sibi contrarius, *inp.* 5. *dec.* 17. quod praesupponat certum fidem faciendi per conventionem approbatum modum, et pro hujus conclusione omnino valeat, quod est in *l.* 99. *ff. de v. o.* in transactione omissum pro non dicto esse habendum.

52 Quoniam autem probationis remedio semel electo producens variare minime potest, hinc electis semel testibus iisque productis, ad probationem per documenta convolare, et viceversa probatione electa per documenta ad testes confugere ipsi haud est liberum. Mev. *p.* 3. *dec.* 201. *n.* 4. Nicol. *in pr. p.* 1. *cap.* 48. *n.* 11. *fin.* Rat. quia variatio est odiosa et certitudini contraria, quin a praesumptione veritatis atque justitiae, quam contra se habet, aliena. B. Brunn. *cons.* 31. *n.* 201. *et seqq.* Ideoque potius rejicienda, quam 53
admittenda, *l. ult. c.* tantum enim abest, ut aditum cuiquam pro suo migrandi desiderio concedamus, etc. *c. de codicill.* Carpz. *pr. tit.* 13. *art.* 1. §. 9. *n.* 139. Cum et in infinitum procederet probatio, nisi unius electio alterius foret praeclusio. dn. Schwend. *p.* 1. *cap.* 2. *n.* 3. §. 15. *n.* 301. Quo et respicit *revis. O.* 54
P. Magdeb. cap. 29. §. 2. Reo equidem permittens, actori ex instrumentis guarentigiatis executive agenti juramentum deferre super opponendis exceptionibus, aut aliter non, *als dass ihm der Beweis oder Bescheinigung seiner Exception noch nicht aufferleget, oder er sich darzu anerbothen*, stante enim re ju- 55
dicata, vel etiam conventione de probandis exceptionibus, reo ad juramenti delationem aditus minime patet. J. Sets. *de juram. l.* 4. *c.* 2. *n.* 39. Sed quo dilabor, quum meum sit in specie de probationis probatione disserere, hinc me accingo ad

CAPUT III.

De admittenda meliori probatione post termini probatorii lapsum.

SUMMARIA

Terminus probatorius est maxime praeclusivus. n. 1.
Dantur tamen casus, in quibus et per acta probationem meliorem suscipere licet. n. 2.
De judice nullum est dubium, quin is et post dictata attestata, illam exigere possit. n. 3.
Non vero litigantibus. n. 4.
Culpa advocati in processu laesus restituitur in integrum, non aeque si per procuratorem. n. 6. *seqq.*
Dantur causae in quibus et post effluxum terminum probationes adhuc recipiendae. n. 10. *seqq.*
Sed nonnisi ex certis contingentibus probationis melior probatio admittenda. n. 12. *seqq.*
Casus promissae melioris probationis in l. per hanc 4. *c. de temp. appell. n.* 37.
Licet terminus probatorius in priori instantia per negligentiam partis fuerit elapsus. n. 18.
Non vero si per ejus malitiam. n. 19.
Datur et, etsi expresse probandi via sit praeclusa. n. 20.
In istantia appellationis liber aditus ab uno probandi modo ad alium. n. 21. *seqq.*
Non tamen licet novas assertiones in secunda instantia proponere. n. 25.
Quamvis secus de jure canonico. n. 26.
Et in camera imperiali. n. 27.
Appellatio inducit causam in eum statum in quo fuit tempore litis contestatae. n. 28. *seqq.*
Antea in judicium deducta in instantia appellationis ulterius deducere solummodo licet. n. 30. *seq.*
Judex appellationis non potest de alio cognoscere, quam quod per appellationem ad eum fuit devolutum. n. 35.
Examinatur distinctio in terminum probatorium a lege praescriptum et a judice datum. num. 36. *seqq.*
Quare distinctio haec non attendenda? n. 38. *seqq.*
Resp. Contrariis. n. 40. *seqq.*
Judicis arbitrium in his non excludendum. n. 42.
Refertur praejudicium illustr. regiminis magdeburgici. n. 43. *seqq.*
Rejicitur opinio asserentium, post publicatas in priori instantia depositiones viva testimonia non esse admittenda. n. 45. *seq.*
Admittitur et melioris in secunda instantia susceptae probationis probatio. n. 48.
Ordin. process. magdeburg. admittit beneficium l. 4. *c. de tempor. appell. et in leuteratione. n.* 49.
Secundus casus melioris probationis, quando documenta noviter reperta. n. 50. *seqq.*
Inducenda vero haec sunt ad acta statim post eorum acceptam notitiam intra terminum probatorium ordinarium. n. 53.
Semel ad productionem novorum documentorum admissus denuo non admittendus. n. 54.
Non opus est, ut producens noviter reperta instrumenta contra lapsum termini probatorii restituatur in integrum. n. 55.
Quid juris, si de habitis attestatis lata jam sit sententia, quae et in judicatum transivit. n. 56.
Speciale quid de fisco. n. 57.
Quod et extendunt dd. ad universitates, ecclesiam, pupillos et similes. n. 58. *seq.*
Decisio quaestionis. n. 60. *seqq.*
In foro ob ignorantiam facti ex probabili causa datur restitutio. n. 64.
Examinatur qu. num reus et actor aequali jure fruan-

tur in casu noviter repertorum documentorum. n. 65. seq.
Extenditur casus et ad noviter repertos testes. n. 67. seq.
Si quis ad meliorem admissus probationem, semiple ne tamen hanc solum perfecerit, num suppletorio juramento locus sit. n. 70. seq.
Num pro hoc declinando ulterior probatio pateat. n. 72.
Is, cui probationem jurejurando supplere injunctum, conscientiam suam probationibus defendere potest. n. 73. seq.
Praestito suppletorio propter documenta noviter reperta judicis sententia potest retractari. n. 75. seqq.
Perjurium quo ratione probandum. n. 79.
Tertius casus melioris probationis, per ocularem inspectionem. n. 80.
Quae inter modos probandi omnium privilegiata. n. 81.
Sententia cui obstat evidentia facti, non transit in rem judicatam. n. 82.
Quod et probatum in ordin. process. magdeburg. n. 83.
Judex providus esse debet in decernenda oculari inspectione. n. 84.
Quae hoc casu ipsi sint observanda? n. 85. seqq.
Ocularem inspectionem anticipare quando liceat? n. 88. seqq.
Ocularis inspectio ex officio judicis instituta sumptibus utriusque partis regulariter expedienda. n. 92.
Secus si ad instantiam unius. n. 93.
Admittitur ocularis inspectio etiam didicitis attestatis. n. 94.
Ordin. process. magdeburg. eam et permittit post conclusionem in causa et in ipso executionis actu. n. 95.
Quid si non ex sola evidentia facti, sed ex testimoniis rusticorum probantis intentio foret probanda. n. 96.
Cessat ocularis inspectio, si ex jurejurando in litem vel aestimatione jurata sententia lata n. 97.
Quartus casus in obscurata depositione testium. n. 98.
A qua differt repetitio testium. n. 99.
Referuntur casus nonnulli, in quibus haec sit admissibilis. n. 100.
Dubia et incerta testium depositio contra producentem est interpretanda. n. 107.
Exprimitur verus status causae dict. IV. casus. n. 108.
In locum demortuorum testium novos substituere licet. n. 109. seq.
Remissive adducuntur casus alii. n. 113.
De quibus tamen dubitatur, num huc sint referendi. n. 114.

1 Dixi supra, terminum probatorium, inprimis de moribus nostris, adeo esse praeclusivum, ut eo elapso non possint novi testes neque instrumenta produci, quod et probat Pacian. *de probat. l. 1. cap. 32. n. 41.* Semel ergo probatione ad finem deducta, sed negotio probando non sufficiente, melior probatio
2 exclusa erit. Verum cum nulla regula, ut antea itidem monitum, sit tam firma, quae non suas patiatur limitationes, excutiam, qui sint casus, in quibus, et peracta probatione, meliorem partibus suscipere liceat; nam quantum ad judicem; de hoc nullum est dubium, 3
quin possit, si publice intersit, veritas eorum, quae sub lite, detegi, etiam post didicita attestata, novos assumere testes, cum judici nunquam concludatur, sed semper salva ipsi sit melior veritatis inquisitio, Mev. *p. 3. dec. 348.* Excell. dn. O. P. Zaunschliff, *de officio jud. supplet. p. 2. concl. 12. §. 1. n. 14.* Bl. Altim. *de nullit. sentent. p. 2. p. 747. n. 95.*

Partes vero litigantes quod attinet, quia his pro- 4
cessuum fatalia praescripta, ut jus praecise observent, generaliter praemitto, neminem ex sua persona hoc gaudere beneficio ut elapso termino probatorio ad meliorem probationem admittatur, cujuscumque et sit conditionis, consentiente Ant. Fabro *lib. 4. tit. 15. def. 17.* Quin ne fiscum, quod hic jure communi utatur, nisi in specie expressum habeat privilegium. Peregrin. *de jur. fisci l. 6. t. 1. n. 1.* et cum eo b. dn. Brunn. *ad l. 6. c. de dilat.* Mev. *p. 4. dec. 384.* Nec 5
pupillum, quod et huic non sit favendum, si extra ordinem novum beneficium cum alterius injuria postuletur. *l. 12. ff. ad sctum. trebell.* Quamvis enim ille, ut et minor, vel aliae privilegiatae personae, allegationem omissam, ut sunt verba Jcti Pauli *in l. 38. ff. de minor.* per in integrum restitutionis auxilium repetere possint; neque desint, qui et majores culpa 6
advocati circa probationem ipsis competentem laesos, per beneficium restitutionis in integrum adjutos velint; licet res secus sese habeat in procuratore laedente, quod non ita cum advocato, ut cum procuratore contrahatur, Gail. *l. 1. obs. 46.* cum ille magis ex officio, quod gerit, quam ex contractu causam suscipiat. Mev. *p. 3. dec. 29.* Non tamen nova haec est proba- 7
tio, quam potius amissae restitutio seu redintegratio, ut perinde sit, ac si currat adhuc prior terminus, omnibus per restitutionem aut declarationem redeuntibus in priorem statum *l. fin. c. de intend. et releg.* Mev. *p. 3. dec. 340. n. 7.* Quo et inclinat P. Matth. 8
Ferrery *decisio*, quae adjecta Guid. Pap. *qu. 124.* dicentis: permissum est rusticis, testes in jus proferre post didicita testificata, dummodo in eam causam rescriptum a principe et literas regias impetraverint, ut ad hoc admittantur; quod tamen cum illo temperamento observatum vult, si rusticus vel etiam foeminae Jctos consulere non potuerint. Hac enim causa 9
cessante aequitas non patitur, rusticanum aut foeminam post nudata utriusque partis intima, et secreta negotii aperta, ad testium novas inquisitiones callide et per fallaciam confugere, citante eum in finem Bart. *ad l. 1. §. 2. ff. de novi oper. nunc.* et Bald. *ad l. 2. c. de jur. et fact. ignor.* Neque ignoro, dari cau- 10
sas, in quibus et post effluxum terminum probationes adhuc sunt recipiendae: pronti constat de causis mercatorum, in quibus de aequitate potissimum proceditur, Carpz. *l. 3. resp. 74. n. 9.* d. Lauterb. *diss. de jur. in cur. merc. th. 263.* Dotis mulieribus, quod publice intersit, dotes mulieribus conservari *l. 1. ff. solut. matrim. etc.* Causis pauperum Mev. *p. 3. dec. 178.* Gail. *l. 1. observ. 142. n. 1. seqq.* In his enim 11
et similibus judex restitutionem bene praevenire, et a regulis stricti juris in sententionando recedere velet, Carpz. *l. 2. resp. 95.* quod laesio ex ipsius actus

omissione statim appareat, ut, qua posita, laesionis probationem minime necessariam esse, optime monet. J. A. Riccius *ad* 1. *de franchis dec.* 473.

12 Hinc mea est mens, non nisi ex certis contingentibus probationis meliorem probationem admittendam esse, didicita licet jam sint hactenus peracta attestata,

13 cujus alias ille dicitur effectus, quod impediat ulteriorem probationem, testiumque productionem, quod est juris communis. *p. auth. ut qui semel etc. c. de probat. nov.* 90. *c.* 4. *c.* 17. 25. 26. *et* 35. *x. de test. et attest.* Adeo ut ne quidem ad coadjuvandum dicta

14 priorum testium, puta, si quis intentionem suam per duos testes, et adversarius e contrario per majorem testium numerum exceptionem suam probaverit, ab actore alii produci queant, Nicol. Calvol. *comm. concl. ad aur. prax.* §. *publicatio processus etc. concl.* 2. *n.* 3. Vid. tn. Jo. P. Surdus *dec.* 126. qui admissos vult alios testes ad confirmandum dicta priorum, quando parti nihil imputari poterit, cur non produxerit.

15 Dico vero, didicita arrestata; aliud si solum fuerint aperta, et pars notitiam attestationum nondum fuerit consecuta. *vid. cit. nov.* 90. *cap.* 4. *v. si vero deducens etc.* Quod si in contrarium, partem se. didicisse, suspicio sit, juramento purgationis locum dari, docent Carpz. *p.* 1. *const.* 16. *def.* 34. et B. Brunn. *in pr. civ. cap.* 20. *n.* 83. v. et Aut. Fab. *l.* 4. *tit.*

16 15. *def.* 43. De caetero nullum hic constituendum discrimen, an ab advocato s. procuratore, an vero ab eo ipso, qui testes produxit, horum depositiones didicitae sint, Fab. *d. def.* 17. *n.* 4.

Quod vero jam attinet casus permissae probationis melioris, primus sese offert, *in l.* 4. *hanc. c. de temp.*

17 *et repar. appell.* juncta *l.* 6. §. 1. *c. de appell.* Ex quibus, cum B. Brunn. colligo, quod appellans in judicio appellationis etiam novas probationes possit instituere, et id, quod in prima instantia omisit, allegare et hac ratione ad meliorem probationem, seu

18 conservationem prioris probationis provocare. In tantum, ut licet in priori instantia probationi litiganti injunctae terminus peremptorius praefixus, per negli-

19 gentiam partis, Mev. *p.* 2. *dec.* 153. C. Klock. *tom.* 2. *cons.* 51. *n.* 11. non vero per ejus malitiam elapsus, non obstantibus iis, quae Carpz. *p.* 1. *c.* 21. *def.* 9. *n.* 6. H. Pist. *l.* 4. *qu.* 23. *n.* 45. *et cap.* 12.

20 *x. de except.* Nam hic periculum animae subesset, cum fraus et malitia sua nemini patrocinari debeat; imo licet expresse probandi via sit praeclusa, Mev. *p.* 2. *dec.* 235. num introductum sit hoc appellationis beneficium, ut illa, quae ad causam ipsam spectant, vel ex ea oriuntur, aut conjuncta sunt, nec in prima instantia allegata, vel deducta, vel satis probata ea allegari, produci, probarique melius possint. J. Schmid.

21 *cons. argent. vol.* 22. *cons.* 22. *n.* 39. Quapropter etiam, docente Mevio *p.* 2. *dec.* 98. ab uno probandi modo ad alium liber in hac instantia aditus patet: id quod specialius exponit *in p.* 4. *dec.* 5. qua tradit, quod, postquam reus in priori instantia ex defectu probationis succubuit, in secunda ad delationem juramenti nil minus sit admittendus, cum quo et conve-

22 nit Brunn. *ad l.* 38. *ff. de jurejur. n.* 8. juramentum, dicens, quidem proprie non est species probationis, sed potius relevatio a probando, sed tunc habendum pro probatione, quando probationis favor id exposcit.

23 Contrarius equidem huic videtur. Fab. *l.* 4. *tit.* 15. *def.* 39. dicens, post didicita testificata non possunt audiri testes, in causa appellationis, nec rursus possunt probari articuli deducti in prima instantia, si probandi via praeclusa fuit, sed necessariam esse restitutionem; verum ipse *in not. ad dict. def. n.* 2. intelligendus est solummodo de jure canonico, ut ip 24
semet sub hoc numero innuit, citando, *Clement.* 2. *de testibus et cap. fraternitatis* 17. *x. de test.* Nolo 25
tamen appellantis hac in parte arbitrium ita vagum admittere, ut novam hanc probationem pro lubitu possit instruere, et novas assertiones in secunda instan- 23
tia proponere, quamvis jus canonicum *in cit. cap. fraternit. v. si nova contigerit emergere capitula etc.* quod postea *Clement. de testibus etc.* correctum, id admittat, et idem observetur in camera imperiali, ita, 27
ut devoluta per appellationem causa, concessum sit, testes super iisdem primae instantiae articulis, de quo alias dubitavit incl. facult. jurid. Helmstad. *m. sept.* 1696. in sententia summo regimini jeverensi data. *Ob nun wohl super iisdem articulis propter metum collusionis neue Zeugen nicht mögen abgehöret werden, nachdem mahl jedoch solches seinen mercklichen Abfall leidet, wann neue und andere Beweiss Articul, wie in gegenwaertigen Fall geschehen kan, formiret werden etc.* Non solum, sed et directo contrariis, cui adstipulatur Mev. *p.* 8. *decis.* 48. sive etiam connexis producere; nam appellatio cau- 28
sam in eum statum reponit, quo fuit in prima instantia tempore litis contestationis *l.* 13. *c. de procurat.* Gail. *l.* 1. *obs.* 70. *n.* 6. Non vero in illum, in quo fuit ante litem contestatam; quare in appellationis instantia recte proponuntur exceptiones peremptoriae, non vero dilatoriae, *cons. Altdorff. vol.* 2. *resp.* 57. *n.* 10. Facit huc expressus textus in *recess.* 29
deputat. spirens. de anno 1600. §. 21. *Es seynd in denen gravaminibus etc. et ordin. proc. cam. l.* 3. *tit.* 33. §. 3. *et recess. imper. de anno* 1654. §. 53. *wie ebenmaessig etc. v. Was in priori instantia nicht vorgenommen etc.* qui tamen, bene monente dn. de Lynck. *dec.* 1214. requirit, quod appellans deducendorum antea non habuerit notitiam, vel alias in illis deducendis fuerit impeditus, Mynsing. *cent.* 1. *obs.* 41. Qui vero in fine contrariam sententiam de jure veriorem cum Guid. Pap. *decis. qu.* 14. *et* 347. et aliis probat; sed restrictum id volo cum b. Brunn. *ad d. l.* 4. su 30
per re antea in judicium deducta, et Joh. Wolffg. Textor. *in prax. jud. p.* 1. *c.* 12. *n.* 73. *et seqq.* dicente, clausulam illam: nova deducendi, ita restringendam, ut non liceat extra controversiam priorem, principaliter consideratam, nova deducere; nam de novis 31
rebus, de quibus in sententia appellans non est gravatus, actionem instituere in appellationis instantia prohibitum est, Hiltrop. in proc. jud. *p.* 4. *tit.* 13. *n.* 17. *et seqq. et tit.* 4. *n.* 10. qui hoc beneficium plane cessare ait, quando ab interlocutoria est appellatum, quia ex primis actis justificari debet. *Clement.* 5. *appellanti ab interlocutoria etc.* Dionys. Gothofr. *ad l. p. hanc etc. n.* 44. *et aliis.* Non ob auctoritatem *dict. Clement. de testibus etc.* et communiter approbatam doctrinam, qua traditur: quoties aliquid secundum ju- 32
ris civilis rationes est controversum, et istud jure canclare decisum reperitur, quod tunc huic juri standum sit in utroque foro: sed quod hanc restrictionem et juri civili, in *l.* 6. §. 1. *de appellat. et l.* 4. *per hanc c.*

33 *de temp. et reparat. appell.* quas dd. in contrarium vocare solent, convenientem inveniam, quamvis enim inprimis *in l.* 4. novarum exceptionum et assertionum mentio fiat, ipsemet imperator Justinianus tamen il-
34 las verbis sequentibus restringit, quae non ad novum capitulum pertinent, sed ex illis oriuntur, et illis conjunctae sunt, quae apud anteriorem judicem nascuntur propositae, Roland. a Valle *l.* 2. *cons.* 45. *n.* 15. Cujus non praetermittenda est ratio, quam cum aliis
35 suppeditat b. Brunn. *ad d. l.* 4. quod scilicet judex appellationis de alio non possit cognoscere, quam quod per appellationem ad eum fuit devolutum: in qua sententia et dd. juris saxon. Carpz. *p.* 1. *const.* 22. *def.* 8. *et* 9. Hart. Pist. *l.* 4. *qu.* 23. Berl. *p.* 1. *const. d.* 51. *n.* 16. ut ob expressam prohibitionem *ut const.* 22. in foro sax. non admittatur *das anderweitige Beweisung durch Zeugen über die vorigen Articul; derowegen in prima instantia die Zeugnisse geführet, ob er auch super articulis directo contrariis zugelassen werde.*

36 Quapropter ea, qua decet, observantia omnino veneror magnorum nominum Jctos Carpz. *p.* 1. *const.* 21. *def.* 1. *n.* 3. Mev. *p.* 2. *dec.* 235. et aliorum doctrinam distinguentium: num terminus probatorius a lege sit praescriptus, an vero a judice, ita ut appellans, post illius lapsum non admittendus sit ad probandum,
37 nisi impedimentum justum alleget et doceat; bene tamen si datus terminus a judice; quam sententiam ut communissimam in foro agnosco, secundum quam dn. Jcti facult. jurid. lips. *m. jan.* 1702. illustriss. judicio Jeverens. regiminis responderunt, *dass weiln in der act. n.* 18. *am.* 10. *mart.* 1692. *publicirten und Rechts kraefftigen Urtheile Klaegern mit ihrem Beweiss an eine gewisse Frist von* 6. *Wochen verbunden worden, post elapsum fatale probationum praefinitum kein fernerer Beweiss vermöge derer Rechten zuzulassen sey etc.*

38 Verum exercitii gratia asserere licebit; non attendendam esse hanc differentiam, vel propterea, quod jussus judicis certo termino sub poena praeclusionis aliquid faciendi, aeque obliget facientem, ac praeceptum ipsius legis, et eadem utriusque debeat esse operatio, seu, ut sunt verba Mev. *cons.* 38. *n.* 138. Terminus a judice praefixus succedat in locum termini le-
39 galis. Neque satisfacere mihi videntur rationes, quae pro defendenda allegata differentia inter terminum legalem, et a judice praescriptum adducuntur, et recensitae a Mev. *p.* 8. *decis.* 40. *et* H. Pist. *cit. qu.* 23. *n.* 53. *et seq.* Scilicet (1) terminum legalem fortius praecludere, quam qui est ab homine datus (2), quod exclusio per lapsum termini sit poena quaedam legis velut ordinaria, a qua non appelletur. *l.* 244. *ff. de v. s.* et (3) quod qui patitur labi juris terminum, juri intra illum licito renunciare censeatur, *l.* 1. §. 10. *ff.*
40 *de success. edict.* Nam si inquiratur in prima ulteriorem rationem, haec nulla alia, quam quod communis Jctorum sententia ita sese habeat: quoad secundam vero respondetur, poenam a judice praeceptam nil minus pro illius negotii poena, in quo praecepta, ordinaria esse habendam, adeo ut contra hanc faciens omnino cum illa contrahat, et huic sese submittat, quod pro ratione quoad legis obligationem inprimis
41 circa extraneos communiter dari solet; rationi tertiae repono, quod, qui terminum a judice ipsi addita inprimis praeclusionis poena, praefinitum labi patitur, aeque sit habendus, ac si juri suo licito renunciaverit, et quod et hujus diei lapsus non minus habeat vim pacti, secundum Bald. *in l.* 2. *qu.* 8. *n.* 11. *c. de rescind. vendit.* de non petendo. Quam ob rem existi- 42
mo, multum, si non omne, judicis arbitrio hac in parte tribuendum esse, ut hic ex obvenientibus circumstantiis judicet, an probaturi precibus, oblata nova probatione, ut audiatur, annuendum sit, nec ne? Cum in judiciis, secundum effatum impp. Diocl. et Maximin. *in l.* 4. §. 1. *c. de appellat.* et Gothofr. *ad eamd. n.* 53. justitia potissimum sit spectanda, et haec non solum in iis, quae a judice constituta, sed et ipsarum legum; quod et observavit illustris. judicium 43
regii regiminis magdeburg. cum enim E. I. cont. M. B. ad illustre hoc judicium appellando provocasset, et institisset, ut nova audiretur probatione, allegando, sese equidem credidisse, ad deductam in judicio inferiori obtenturum, spe vero sua ideo cecidisse, quod unus examinatorum testium participare velle videatur de causa, et hanc cum appellato, contra quem productus, communem sibi velit, qua de causa certo augurabatur, hunc 44
magis suum commodum quam rei veritatem in deponendo ad articulos attendisse, urgendo insimul justitiam sua ex parte, et quod, si illud receivisset, probationem aliter instituisset. Non dubitavit illustriss. judicium *M. april.* 1704. pronunciare: *Dass die Appellantin mit dem von Ihr offerirten Beweise zu hören, und die darzu angegebene Zeugen auffzunehmen*, quae sententia et executioni data, licet ut toto notius de jure magdeburgico probationis terminus in O. Proc. omnino sit definitus.

Non possum tamen assentiri sententiae magni alias 45
Jcti Joh. Wolffg. Text. quam habet *disput.* 11. *ad r. j.* 1681. *th.* 123. deducta scilicet intelligenda non esse de testimonio vivo post publicatas in priori instantia depositiones, idque propter metum subornationis testium; sed quascumque admitti probationes assero, vivae sive exe sint, sive mortuae h. e. ex documentis desumptae: satis faciente pro me additae rationi. Mev. *p.* 8. *dec.* 48. *n.* 10. cujus verba; *metus subornationis, ut in secunda instantia tantus non est, et quoque praevideri potest, ita minus curatur,* cum quo et
Roland. a Valle *cit. cons.* 45. *n.* 2. Imaginariam esse 47
istam praesumptionem, et non necessariam, quia, ut experientia docet, testes honestioris vitae non possunt subornari, quod nec credendum, quem adeo immemorem futurum aeternae salutis, ut in alterius favorem eam abjiceret; admittendum etiam contra Berlich. *l.* 1. *concl.* 40. *fin. dec. seq.* 49. ut in secunda instan- 48
tia contra meliorem appellantis probationem et reprobatio instituatur, cujus ratio minus obscura, scilicet, quod actor et reus judicandi sint ad paria, et rei, cujus est regulariter reprobatio, partes favorabiliores omnino habendae ipsius actoris.

Et hujus, *l.* 4. *per hanc etc.* practicam probat non 49
solum O. P. magdeb. in appellatione, sed et porrexit eam ad beneficium lenterationis, docente hoc ejus *cap.* 42. § 4. *und sollen auch das beneficium l.* 4. *c. de temp. app. nach welchem in instantia appellationis non probata probiret, et non deducta deduciret werden können, bey denen Leuterungen statt haben.*

Secundo vero loco ponere lubet probationem, quae 50
desumitur ex noviter repertis documentis, in quorum

tamen expositione prolixus non ero, quod non solum in vulgus fere notum, quae talia dicuntur, sc. quod sint, quae quis tempore susceptae probationis non habuit, neque eorum ipsi fuit notitia, sed quod ipsi modo sint enata, *dass bey der Verführung des Beweises Zeugnissführer solche weder selbst noch einige Wissenschafft bereits davon gehabt, besondern anjetzo erst überkommen.* Cujus tamen simplex non sufficit allegatio, sed producens mediante corporali juramento id asseverare debet, docentibus hoc omnibus processistis, et inprimis revis. ord. proc. magdeb. *c.* 34. §. 1. 51

Sed quod et minime dubitandum, quin probans, si ipsi sint ejusmodi noviter reperta, ex iis novam probationem, priori licet in totum absoluta, instituere possit. Cum, secundum Carpz. *pr. tit.* 17. *a.* 1. *n.* 93. iniquum foret, ita praecidere viam litigantibus, ut ne instrumenta noviter reperta producere valerent, quae tamen nunquam censentur exclusa, modo ut bene monet J. G. Nicolai *in proc. cap.* 55. *n.* 2. pars producens documentum noviter repertum statim post acceptam notitiam ejusmodi documenti, intra terminum probatorium ordinarium apud judicem competentem causae manifestum faciat, ad ejus productionem praevio juramento se offerat et certum terminum extrahat. Alias, hac manifestatione intra terminum neglecta, producens ad productionem amplius non admittitur. Sicut et denuo non admittendus, qui jam semel in puncto noviter repertorum documentorum fuit admissus Berlich. *p.* 1. *concl.* 38. *n.* 98. Dn. Schwendend. *ad proc. fibig. c.* 2. *n.* 329. Cujus justissima ratio in eo posita, ut litium tandem quis fiat finis, neque processus in infinitum protrahantur. 52 53 54

Et ad hanc probationem probaturus admittendus, propria virtute ipsorum documentorum noviter repertorum, non vero mediante beneficio restitutionis in integrum. 55

Sed quid: si de habitis attestatis lata jam sit sententia, quae et in judicatum transivit, condemnato vero posthaec nova ex noviter repertis documentis obveniat probatio, num et tunc ea audiendus? De fisco nullum est dubium, et quidem ob textum satis apertum *in l. un. c. de sent. advers. fisc. lat. retract.* in quo imperator Antonius rescripsit: causas, in quibus contra fiscum judicatum est, intra biennium retractari posse, et post id tempus, si praevaricatio arguatur, vel manifesta fraus probetur, notum est: et quidem non solum sub obtentu novorum instrumentorum *per l.* 35. *ff. de r. i.* sed et novorum testium, quod parem vim illa duo obtineant, *l.* 15. *c. fide d. instr.* et instrumentorum appellatione testes contineantur, *l.* 1. *ff. de fid. instrum. l.* 99. §. 2. *ff. de v. s.*; et hoc ex speciali favore fisci, cujus duplicem rationem assignat Sfort. Odd. de restitut. in integr. *p.* 2. *qu.* 75. *art.* 1. *n.* 3. *et* 4. scilicet, quia cum fiscus per personas aliorum regatur, ei succurrendum videtur, si per illorum incuriam et negligentiam instrumenta ab initio non fuerint tempestive reperta vel quod contra fiscum soleant occultari instrumenta pro eo facientia, et ideo odio occultantium illa hoc constitutum, exemplificative allegando *l.* 6. *ff. de transact.* Nihilominus vero in sequentibus ad universitatem et quamlibet communitatem, ecclesiam, pupillum, et similes extendit. vid. b Brunn. *ad d. l. un. et cum eo* P. Christ. *vol.* 10. decis. cur. belgic. *decis.* 13. *n.* 9. Myns. *cap.* 4. *obs.* 60. 56 57 58 59

n. 7. *seq.* Sed quaestio in specie est de majorenne, et sic minus privilegiato: num is propter noviter reperta instrumenta sententiam retractare possit? Et ad hanc omnino negative respondendum, ob auctoritatem *l.* 4. *c. de re judic.* in qua verba imperatoris Gordiani: sub specie novorum instrumentorum postea repertorum res judicatas restaurari, exemplo grave est, *l.* 27. *in fin. l.* 35. *ff. eod. et arg. l.* 19. *c. de transact.* Verum tamen cum grano salis haec accepta velim, scilicet sententiam non rescindi ipso quidem jure propter noviter reperta instrumenta, bene tamen ope restitutionis in integrum ex clausula generali, si qua mihi, etc. quando victus ignoravit illa, vel aliter impeditus fuit ea producere. Pluribus id comprobavit Sfort. Odd. de restit. in integr. *p.* 2. *qu.* 73. *art.* 3. qui inprimis motus *l.* 11. *in pr. ff. de except. rei judic. l.* 10. *fin. ff. de edend.* juncta. *l.* 3. *in pr. ff. de eo, per quem fact. etc.* et quod negligere non dicatur, qui instrumentum ignorat, vel habere non potest; quamvis non ignorem, multos dd. esse in contraria opinione, referente hos dn. F. C. Harpr. *vol.* 4. *cons.* 70. *n.* 375. qui tamen *num. subseq.* 378. ex b. Brunn. *ad l.* 1. *ff. ex quibus caus. major. n.* 4. J. Zanger. *de except. p.* 3. *cap.* 10. *n.* 227. et aliis concludit, in foro omnino receptam esse sententiam, quod etiam ob ignorantiam facti ex probabili causa detur restitutio; cui addere lubet, quod est in *cons. marpurg. vol.* 1. *cons.* 22. *n.* 103. *et seqq.* Sententiam, quae pro restitutione pugnat, esse communem, et plures et meliores dd. eam esse secutos. 60 61 62 63 64

Num vero reus et actor aequali jure fruantur, ita ut et actor, novis ab ipso repertis documentis, sit restituendus? multis non inquiram, certa sub distinctione hoc itidem decidente laudato Sfort. Odd. *d. qu. n.* 57. De cujus vero approbatione in foro dubitare mihi licitum erit, quod actor ad judicium paratus accedere debeat, nec excusatione dignus, litem si moveat, antequam de instrumento certus, quod et non negligentibus subveniendum, sed necessitate rerum impeditis, *l.* 16. *ff. ex quib. caus. maj.* Neque dari putem actorem, qui fundamenta suae actionis ignorare possit, quam sententiam alios probare ipsemet refert, Bald. Paul. *de castr. et al.* quae e contra in reo omnino cessant, ut qui excusari merito debet, si tempestive sua instrumenta reperire non potuerit, quod rei utplurimum ex improviso conveniantur. 65 66

Nullus tamen dubito, hactenus dicta et ad noviter repertos testes, cum b. Altimaro *de null. sent. p.* 2. *p.* 748. *n.* 100. duobus hisce concurrentibus, extendere. Quod nonnisi hodie potuerint reperiri, vel si reperti fuerint, tamen haberi non potuerint, quia de longinquo erant evocandi, et interim causa expedita, et sententia lata. Nec non, quod isti noviter reperti testes sciant aliquid, quod maxime et principaliter conferat ad retractationem rei judicatae, praeeuntibus mihi saep. cit. Sfort. Odd. *qu.* 76. *art.* 3. et D. Harppr. *d. cons.* 70. *n.* 380. Non vero perpetuum est restitutionis hocce beneficium, sed praescripto quadriennio alligatum, etsi post hoc de jure ipsius laesi per probationes noviter repertas denuo constet, id. Odd. *qu.* 77. *a.* 6. vid. dn. Praeses *ad us. mod. ff. de in integr. restit.* § 5. 67 68 69

Caeterum quaeritur: si quis ad secundam, et sic priori meliorem fuerit admissus probationem, semiplene tamen et hanc solum perfecerit, num ei ad sup- 70

71 pletorium juramentum pateat aditus? Quo de negativa nos jam pridem docuit dn. Praeses *de succession. diss.* 3. *c.* 2. *th.* 24. quod appellatione probationis intelligatur plena et legitima *arg. l.* 38. *ff. de condit. et demonstr.* et probatio per juramentum legitima probatio non sit, Carpz. *in pr. tit.* 2. *a.* 1. *n.* 120. etiamsi versemur in casu, ubi vera probatio haberi nequeat, Seraphin. de Seraphin. *de privileg. juram. priv.* 33. *n.* 171. Illustrante insimul hanc doctrinam responso ill. facult. jurid. Francof. ad Oder.

72 Nec praetermittendum et hoc est: an ei, cui suppletorium injunctum, pro hoc declinando via ulterioris probationis sit praeclusa? Negativam volunt dd. communiter, tradente Carpz. *in pr. tit.* 12. *a.* 2. *n.* 96. quod frustra quis ad illud remedium confugiat, quod antea praeficere et praestare non potuit, adeo, ut licet ipse testes et documenta intentionis suae fidem facientia noviter repererit, nihilominus juramentum delatum praestare obstrictus sit, quia terminus semel elapsus; sed ab illa secessum fecit dn. Praeses *in diss. de probat. semipl. cap.* 5. §. 3. *n.* 14. *et seqq.*

73 docens, quod possit is, cui probationem jurejurando supplere judicis injunxit sententia, conscientiam suam probationibus defendere, et jurandum probare, faciente cum ipso Mev. *p.* 4. *dec.* 296. *et p.* 5. *dec.* 280. et justissimis ex rationibus, quod ad subsidiarium remedium, quale est extra omne dubium suppletorium juramentum, non sit deveniendum, quamdiu spes est or-

74 dinarii; et nuspiam in jure ob elapsum probandi terminum prohibitum videatur, in vicem delati juramenti probationes offerre, itaque tamdiu standum sit regulae; quod qui conscientiam probationibus defendere cupit, non teneatur jurare, usque dum exceptio de suppletorio scilicet fuerit verificata, adjicions *n. fin.* 20. *d.* §.

75 quod tamen et praestito suppletorio, propter documenta noviter reperta, judicis lata sententia omnino retractetur, et quidem sine restitutione in integrum, ita, ut secundum *l.* 28. *ff. de dol. mal.* de novo agi possit, Mev. *p.* 1. *dec.* 13. *n.* 7. Brunn. *ad l.* 31. *ff.*

76 *de juram. n.* 17. *seqq.* Cujus ratio mihi videtur non ea solum, quam Berlich. *p.* 1. *concl.* 53. *n.* 84. *et* Pacian. *de probat. l.* 1. *cap.* 47. *n.* 86. habet, quod sententia ex privilegiatis probationibus, nunquam transeat in rem judicatam, et quocumque tempore rescindi possit, Christin. ad stat. Mechlin. *tit.* 14. *art.* 2. *in addit.* qui sententiam ex judicio peritorum latam eo

77 refert; sed et, quae *in l. fin. c. de reb. cred.* ne quis ex delicto sibi impium lucrum afferat, ut quod et haeredibus omnino extorquendum, licet crimina morte finiantur, *l.* 3. §. *ult. l.* 5. *in pr. ff. de calumniat.*

78 *l.* 3. *in pr. ff. de vi et vi arm.* Minime contradicente b. Brunnem. *ad d. l. fin.* qui, etsi legem ultra casum in ea expressum extensam non velit, tandem pro relata illam assignat rationem, quod, cum ex ostensione documenti, quasi ex oculari inspectione, adversarius convincatur perjurii, nihil vetet in aliis similibus idem dicere; qua ratione et admittit, quae Faber.

79 *l.* 4. *tit.* 1. *def.* 24. adducit; quod perjurium ex novis instrumentis possit probari, non quidem ut puniatur, sed ne prosit pejeranti. Ex cujus *n.* 7. obiter notandum, quod jurisjurandi auctoritas non patiatur, ut perjurii probatio testium fidei committatur. Volente il lud *l. admonendi* 31. *ff. Jurand. et l.* 3. *c. si min. se maj. dixerit.*

Verum properandum est ad *tertiam* speciem, quae 80
fit per ocularem inspectionem, sive evidentiam facti;
de qua brevibus teneo, quod sit inter modos probandi 81
omnium prima et fortissima, ita privilegiata, ut ne
quidem per rem judicatam exclusa videatur, licet aliae
probationes cessare debeant, Mascard. *de probat. in*
prooem. qu. 8. *r. r.* Ruland. *de commiss. p.* 2. *l.* 3.
cap. 1. J. Fichard. *vol.* 2. *cons.* 159. *n.* 5. Wesenbec.
p. 6. *cons.* 257. *n.* 125. Cum et certo certius, quod 82
sententia, cui obstat evidentia facti, seu de qua per
ocularem inspectionem doceri potest, rem aliter sese
habere, in rem judicatam non transeat, *cap. fraternitatis.* 6 *x. de frigid. et maleficiat.* b. dn. Brunn.
ad l. 8. *ff. fin. reg. n.* 7. Christin. ad Statut. Mechlin. *tit.* 14. *art.* 2. *magdeb. process ordnung. cap.* 38.
§. 3. *v. Massen denn keine sententz, so contra evi-*
dentiam facti gesprochen, verbündliche Krafft rech- 83
tens erreichen kan; et sunt multa negotia, quorum
decisio nonnisi a praemissa oculari inspectione dependet, quae longo catalogo enumerata legenda in Ruland.
cit. l. 3. *cap.* 4. et L. G. Martin. *ad o. p. sax. tit.* 28.
§. 1. *n.* 12.

Providum tamen oportet esse judicem non solum 84
in ea decernenda, ne temere rem oculis subjiciat; *l.*
8. §. *f. ff. fin. reg.* non enim omnes indistincte res
illam admittunt, sed saltim ad quas probandas judicium, quam testimonium facit, R. Ruland. *cap.* 4. *n.*
1. Berlich. *p.* 1. *concl.* 47. *n.* 4. sed et in ea expe 85
dienda, ut (1) de ejus necessitate aliqua praemittatur
cognitio (2). Partes litigantes, et quorum interest,
citentur, cum hoc omisso actus omnino sit nullus (3),
ipsa expeditio regulariter non anticipetur, et suscipiatur, antequam causa eo devenit, ut probationes suscipere possint, et (4) omnia, quae circa illam obveniunt,
ad judicis protocollum summa diligentia recipiantur,
Mevius *p.* 4. *dec.* 139. *et p.* 6. *dec.* 269. *n.* 1. sicuti 86
et habita oculari inspectione non statim sententia ferenda, sed desuper confectus rotulus partibus prius
communicandus, et illae desuper audiendae, quo omisso, sententia nulla, et in rem judicatam non transit.
Dn. Schwend. *ad proc. fibig. p.* 1. *cap.* 2. *membr.* 3.
§. 15. *n.* 317. Mev. *p.* 3. *dec.* 215. addens *n.* 5. ra- 87
tionem, quod, cum sit inspectio loco attestatorum, et
post haec publicata non statim ad pronunciationem
decurrendum, sed partibus integra relinquatur deductio
causae, ita etiam idem post ocularem inspectionem
servandum.

Dixi vero regulariter non esse anticipandam ocula- 88
rem inspectionem, quo tamen minime exclusam volo
facultatem ipsius judicis; nam quin is terminum pro
informatione sua possit antevertere, et eam ex officio
decernere, nullum plane est dubium; concordante hac 89
in parte o. pr. magdeburg. *suprc. cit. c.* 38. §. 1. *etc.*
Sondern auch etc. Prouti et excipienda causa novi operis nunciati, ubi de structura aedificii non impedienda agitur, Ruland. *de commiss. c.* 3. *n.* 4. Haec enim
causa, ut ad rempubl. et civitatum decus pertinet, *l.*
1. *c. de aedific. priv.* et plerumque moram non patitur, *arg. l.* 5. §. 12. *ff. de nov. oper. nunciat.* ideo
festinanda, Mev. *ad jus lubec. l.* 3. *tit.* 12. *art. fin.* 90
et sicuti in aliis non sequitur ordinem processus solitum, ita etiam in hoc singulare habet, ut lite non
contestata ad eam judex non progrediatur, Mev. *p.* 6.
dec. 269. Ruland. *c.* 3. *n.* 4. qui et huc num. prae-

ced. refert, quando incarcerandus de duritie carceris
91 queritur. Verum, ut mihi videtur, minime congrue, quod posita tali querela non permittendus desuper prius processus, cum judex ex officio incarceratis prospicere debeat, ne carcer, qui custodiae loco adinventus dicitur, *l.* 8. §. 9. *ff. de poen.* durior sit ipsa poena; et hinc judex ad ocularem inspectionem statim procedere potest, quin debet, prouti in omnibus aliis causis mandatorum, ubi litis contestatione non est opus.
92 Et ejusmodi ex officio judicis instituta inspectio fit sumptibus utriusque partis, si hanc utrique judicaverit expedire; nisi altera pars non in oculari inspectione, sed in documentis suam intentionem fundet. B. Brunn. *in*
93 *pr. crim. c.* 22. *n.* 5. Nam si haec fiat ad instantiam partis, petens solus eas exsolvere tenetur, *id. ad l.* 8. *ff. finium regund. n.* 9.

94 Sed id mihi praeprimis inquirendum; num et didicitis attestatis, et ita peracta probatione, probatio per evidentiam facti, sive ocularem inspectionem locum adhuc habeat? Et in hoc fere omnes consentientes video dd. quod postea aliae quidem depositiones testium sint prohibitae, non vero aliae probationes. B. Brunn. *cit. c.* 22. *n.* 2. Masc. *de probat. in prooem. qu.* 8. *n.* 9. Ruland. *l.* 3. *c.* 3. *n.* 5. *et pr.* 1. *l.* 7. *c.* 2. *n.* 3. Berl. *l.* 1. *concl.* 47. *n.* 17. Nicol. *in pr. p.* 1. *c.* 48. *n.* 14. Conveniente et o. p. magdeb. *c.* 38.
95 §. 1. quae permittit, etiam post conclusionem in causa, quin in ipso executionis actu, ad evidentiam facti, sive ad probationem per ocularem inspectionem, provocare, minime contradicentibus et aliis, qui ad processus sunt commentati.

96 Sed quidsi non ex sola evidentia facti, sed etiam ex testimoniis rusticorum petentis intentio foret probanda? Optime respondet b. Brunn. *cit. c.* 22. §. 3. tunc post conclusionem in causa non posse aliquem provocare ad ocularem inspectionem, ob metum subornationis, nisi ex sola inspectione probare velit; prouti et illam non admittit, quando non tam ex ea, quam ex conjecturis ex inspectione resultantibus quid esset probandum, e. g. ex conventione pedis aut calceorum, quod vestigium tuis calceis conveniat, quo refert. *cap. penult. x. de probat.* faciente cum eo et Mascard. *saep.*
97 *cit. qu.* 8. *n.* 21. *et* 22. Sicut et cessat omnino, si ex jurejurando in litem, vel aestimatione jurata sententia lata, et de perjurio quaestio sit. Posito nempe juramento judiciali, cum post jusjurandum in litem, vel necessarium, probatio admittatur in contrarium *l.* 31. *ff. de jurejur.* ergo magis per ocularem inspectionem, id. b. Brunn. *d. l.* qui et ratione posterioris membri citat Tiraquell. *de rer. consang.* §. 49. *gl.* 1. *n.* 37.

98 Restat ut pro instituti mei ratione adhuc exponam *quartam* speciem, scil. si examinati testes ita obscure deposuerunt, ut vix ac ne vix quidem aliquid certi ex eorum depositione possit colligi, num tunc liceat novam instituere probationem, *dass ein Klaeger besser, als geschehen, das fundamentum seiner intention zu*
99 *erweisen, könne angewiesen werden?* Non dico de repetitione testium antea examinatorum, cum, quod haec, pro re nata, et in secunda instantia post didicita attestata Mev. *p.* 3. *dec.* 314. fieri possit, extra omne
100 dubium videatur; nempe si judex, vel datus ad examinandos testes commissarius, per errorem vel inadvertentiam omittat, super aliquo articulo examinare, Guid. Pap. *decis. qu.* 124. *c. per tuas etc.* 48. *x. de test. et attest.* Carpz. *p.* 1. *c.* 16. *d.* 30. quod factum judicis parti non debeat obesse, vel si testes minus aperte deposuerint, *cap. si clamor etc.* 53. *x. de test. et attest.* quo casu tamen Gail. *l.* 1. *obs.* 101. *n.* 14. neque nova citatione neque novo juramento opus esse docet, quod qui declarat, nihil novi addat, per not. *l.* 21. §. 1. *ff. de testam.* Vel si judex ipsemet depre- 101
hendat necessarium, ut testes, facta licet conclusione in causa Gail. 1. *obs.* 105. *n.* 6. super certis adhuc circumstantiis pro sui pleniori informatione, et de qualitate testium examinentur; quem in finem in praetorio hallensi ab ejus excell. directore dn. consil. Königen non ita pridem *in Sachen A. G. co. N. W. und Consorten sequentem sententiam pronunciatam audivi, dass die drey allbereits angehöreten Zeugen nochmals ex officio sub eadem religione zu vernehmen etc. W. F. E. W. R. I.* Vel si primum examen 102
nulliter fuit factum, veluti si praecipitatum, non legitime citata altera parte; cum citatio ad examinis substantiam pertineat, et sine ea sit nulla. J. V. Honded. *vol.* 2. *cons.* 56. *n.* 21. aut termino nimis angusto praefixo. Mev. *p.* 4. *dec.* 250. quod paria sint, aliquid non esse factum, vel non rite, *l.* 29. *ff. de condit. et demonstr.* Gail. *l.* 1. *obs.* 105. *n.* 13. An 103
vero hoc in casu, et alii, qui antea non examinati, possint insimul produci, dubito; volunt quidem hoc Berlich. *p.* 1. *concl.* 40. *n.* 5. qui et sibi consentientem allegat, A. Tessaur. *dec.* 23. Verum magis placet ratio, 104
quam ipse Tessaurus pro contraria opinione adducit, et ex qua, ipso confitente, haec ipsi antea arrisit: timor scil. subornationis, qui a jamdudum examinatis omnino abest, quod hi communiter soleant se ad jam dicta referre, ut ita dispar sese offerat ratio, vel 105
si judex super exhibitis interrogatoriis testes examinare neglexerit, Mev. *p.* 4. *dec.* 251. Besold. *p.* 2. *cons.* 45. *n.* 11. *et* 12. Menoch. *vol.* 4. *cons.* 311. *n.* 26. ob cujus tamen omissionem, bene monentibus Gail. *l.* 1. *obs.* 95. *n.* 5. et Myusing. *cent.* 1. *obs.* 32. exa- 106
men non est ipso jure nullum, sed partis ad instantiam repetendum, cujus haec ratio, quod cuilibet favori pro se introducto renunciare liceat. Ad quod tamen testes denuo jurare tenentur, nisi prius juramentum super tota causa fuerit praestitum, Carpz. *de c. def.* 32. *n.* 7. H. Pistor. *p.* 1. *qu.* 41. H. Schurff. *cit.* 2. *cons.* 86. *n.* 2. Vel tandem, si dicta testium fuerint deperdita *cap. ult. cum bonae memoriae etc. x. de probat.* N. Boer. *decis.* 15. *n.* 5. Neque est mihi 107
sermo de dubia et incerta depositione, ut quae contra producentem interpretanda. M. Wesenbec. *p.* 1. *cons.* 13. *n.* 80. quin in ea significatione accipienda, quae probanti magis est nociva, L. Kirchoff. *vol.* 1. *cons.* 34. *n.* 13. *seqq.*

Sed quaestio est, si examinati testes, qui ita ob- 108
scure deposuerunt, sunt mortui, ut propterea eorum repetitio fieri nequeat, num possint pro confirmanda actoris vel rei intentione novi testes recipi sive potius melior, et sic nova institui probatio? Et ad hanc placet affirmativa, non solum ob singularem probationis favorem, qui ampliandus potius, quam restringendus, sed quod summae iniquitatis foret, actorem vel reum de sua intentione, satis certum, citra suam culpam succumbere, cum veritas facti potius attendi debeat, quam forma procedendi; A. Faber. *in s. c. l.* 4. *tit.* 14. *def.* 1. *in pr. et l.* 7. *tit.* 15. *def.* 3. *n.* 8.

109 Notum equidem est, et posse in locum demortuorum novos substitui testes, posito, quod producens debitam in promovenda et expedienda probatione adhibuerit diligentiam, et citra ejus culpam forsitan, quod pars adversa moram causetur, vel testes depositionem renuant, vel omnes vel plerique tantum testes decesserint, Carpzov. *jpr. forens. pr.* 1. *const.* 16. *def.* 5. *n.* 2. *et l.* 3. *resp.* 86. *n.* 17. *seqq.* Dn. Schwend. *in proc. fibig. p.* 2. *c.* 2. *m.* 2. *sect.* 1. §. 4. *reg.* 11. *num.* 627. qui tamen *n.* 672. nullam admissam vult substitutionem, si testes inhabiles reperiantur, vel ut immunes a testimonio liberentur, quod suae negligentiae producens imputare debeat, quod testes non elegerit habiles. Verum nova haec non est probatio, sed prioris solummodo suppletio, speciali legis provisione indulta.

110 Quo et refero casus quos habet Gail. *obs.* 105. *n.* 9.
111 Berl. *p.* 1. *concl.* 40. *n.* 18. quorum primus, quod producere liceat testes etiam didicitis attestationibus ad confirmandam, non vero ad coadjuvandam, vid. Ziegl. *ad pr.* Nicol. *Calv.* §. *publicatio processus* 19. *concl.* 2. *ampl.* 1. examinatorum depositionem. Veluti si quis duobus testibus probasset, certa die et certo loco vineam se emisse, adversarius vero contrarium probaverit, ea die emptorem illic loci non fuisse, hoc casu alios testes producere omnino licitum; ad confirmandum scil. prius testimonium, quod praesens fuerit, et vineam hic loci emerit. Alter vero, si quis pro-
112 bare velit, testem muneribus corruptum falsum perhibuisse, quia sicut non valet sententia venalis, *l.* 7. *c. quand. provoc. non est nec*: ita nec corrupti testis depositio *c. sicut vobis etc. p.* 9. *x. de test. l.* 17. *c. de test.* aut si alias docere velit de inhabilitate testis, ipsum esse perjurium, ignominiosum, infamem, falsarium, homicidam etc. Ziegl. *dict. concl.* 2. *limit.* 3. quando imminet timor falsitatis, vel agitur de falsitate invenienda, quae inhabilitas sive testis qualitas consideratur tempore recepti juramenti, qualis nimirum eo tempore fuerit, quo in testem productus, et juramentum praestitit, non qualis postea extiterit, *l.* 3. *in pr. ff. de test. l.* 3. §. 5. *de carb. edict.*

Praeter enumeratos vero casus alios adhuc dd. ad- 113
ducunt, teste inprimis Berlich. *in cit. concl.* triginta novem recensente casus, ubi post publicatas attestationes tam testes, quam alias probationes instituere liceat, Gail. *d. obs.* 105. tredecim allegante fallentias; D. L. G. Mart. *ad o. p. sax. tit.* 29. viginti quinque referente limitationes, laudante simul Ant. Gabr. *l.* 1. *comm. opin. de testib. concl.* 21. quod hic septuaginta et unam ponat limitationes. Bl. Altim. *de nullit. sent. p.* 2. *pag.* 741. *seqq.* Sed dubitare licet, num singulae 114
probationes probationis appellatione sint insigniendae, quod meae proprie disputationis, vel maxime, quod praesupponant expressa statuta seu consuetudines permissivas, quales tamen valere negat Ziegl. *ad prax. Calvol. d. concl. ampl.* 2. et partium inter se consensum, quem et tacitum sufficere cum Menoch. *l.* 2. *praes.* 46. *n.* 25. dicit excell. d. Ott. Ph. Zaunschlieff. *de offic. judic. supplet. p.* 2. *concl.* 12. §. 1. *n.* 14. Licet ex ea ratione, quod post didicita attestata novos testes producere non liceat, hoc non in favorem partium, sed publicum introductum sit, fraudes et falsitates committantur, Rosbach. *in process. tit.* 60. ei respondendo sub distinctione inter id, quod principaliter favorem publicum concernit, et id, quod minus principaliter, et annumerando casum ultimo hujus membro: mihi si dicere licitum, quae mea mens, affines 115
eas potius esse probationis probationi autumo, quam ut ejus species constituant, de quarum uno vel altero casu brevibus adhuc in

CAPITE IV.

De admittenda probatione meliori ante lapsum probatorii termini.

SUMMARIA

Melior probatio non reservanda a judice, sed a parte petenda. n. 1. *seqq.*

Exceptio est in juramento suppletorio. n. 4.

Reservatio melioris probationis aliter non admittenda, quam si pars judicis decretum in probando praevenerit. n. 5.

Exhibetur casus. n. 6. *seq.*

Practicorum regula quatenus vera: viam probandi potius ampliandam, quam restringendam esse. n. 8.

Refertur casus circa subsellia templi subortus. n. 9. *seqq.*

Alia facti species, ubi necessitas probanda erat. n. 12. *seqq.*

Examen testium a notario susceptum et in instrumentum redactum, quando sufficiat vel non? n. 15.

Quando post ejusmodi examen melior probatio deservenda? n. 16. *seqq.*

Referuntur bini casus alii. n. 18. *seqq.*

De sententia arbitri quid juris? n. 21.

Num si ab hoc testium examen peractum impediat sententiam, su einem bessern Beweiss? n. 22. *seqq.*

Si actori in processu sit injuncta probatio, et hic ejus loco offerat instrumentum notarii, num propterea cadat sua probatione? n. 25. *seqq.*

Justa existente causa restitutionis in integrum melior admittitur probatio. n. 32.

Quam restitutionem judici praevenire licet. n. 33.

Optime decernit judex suppletorium, et si terminus probatorius jamtum sit elapsus. n. 34. *seqq.*

Modo hic circumspecte agat judex. n. 37.

Descriptio semiplenae probationis traditur. n. 38.

Actor et reus, si semiplene probavit, judex reo suppletorium recte defert. n. 39.

Mors loco juramenti quando sit? n. 40.

Quod extenditur et ad suppletorium. n. 41.

An super credulitate suppletivum deferri possit? n. 42.

Examinatur sententia Carpzovii. n. 43. *seqq.*

De probatione pro exonerandа conscientia nonnulla traduntur. n. 46. *seq.*

Et quod ob defectum in illa liber sit regressus ad delatum juramentum. n. 48.

Deferenti juramentum, si hoc ipsi relatum, non conceditur liberatio conscientiae per probationem. num. 49.

Num deferenti hanc probationem recurrere liceat ad probationem? n. 50. *seq.*

1 Hactenus exposuimus casus, quibus prioris probationis melior probatio admittitur, utut antea certus probationi terminus fuerit praefinitus; qui modi cum ex juris beneficio dependeant, nunquam solent reservari, sed eveniente casu ipsi parti petendum, ut a judice ad hoc beneficium admittatur; rideretur enim judex, si ita pronunciaret, *dass Klaeger darjenige, was ihm zu erweisen anfferleget, und Er sich angemastet, wie recht, nicht erwiesen, derowegen Beklagter von angestellter Klage zu absolviren, Er hönnte dann neue Zeugen, oder Documenta produciren, davon Er vorher nicht gewust haette, oder Er wolte auch das beneficium appellationis ergreiffen und daselbest bessern Beweiss führen*; talia enim non suggerere debet judex, cum haec juris remedia sint, quae partis arbitrio commissa, an iis uti velit, vel non; sed judici secundum hactenus acta et probata judicandum, et secundum haec reus simpliciter vel condemnandus vel absolvendus, nisi forte viderit, juramento suppletorio locum esse posse; nam si hoc ipso defectum factae probationis emendari posse observaverit, judex ex officio etiam parte non petente hoc juramentum injungere debet, Gail. *lib.* 1. *obs.* 108. *n.* 6. Carpzov. *in process. tit.* 12. *art.* 2. *n.* 9.

Videndum ergo specialius, quando formula illa: *Es könnte und wolte denn Klaeger besser, als geschehen, bewetsen, etc.* « recte adhibeatur a judice? Et per com- « pendium dico hoc non aliter admitti posse, quam « si hactenus terminus probatorius actori nondum « praescriptus, sed ipse judicis decretum in proban- « do praevenerit, e. g. » Si actor mox libello suo adjiciat documenta, quibus intentionem suam sufficienter probari posse existimet, sed illa tamen ad fidem omnibus causae momentis faciendam, et sic ad condemnandum reum non sufficiant, recte pronunciare poterit judex, *dass Beklagter von angestelletter Klage zu absolviren: Es könnte denn. Klaeger binnen Saechsischer Brist den Grund seiner Klage besser, als geschehen, erweisen, darmit würde er billig gehöret.* Hoc casu opponi nequit actori, quod probationem a se proprio motu in sufficienter peractam jam amplius emendare, et in meliorem statum deducere nequeat, cum terminus ipsi praefinitus nondum fuerit, quo probationem absolvere debeat. Et eatenus admitto regulam practicorum: viam probandi potius ampliandam quam restringendam esse *l. quoniam* 21. *in fin. c. de haeret.* Gail. *l.* 1. *obs.* 91. *num.* 2. Paris. *vol.* 4. *consil.* 70. *n.* 8.

Et huc referri poterit casus, ubi cum inter duas familias occurreret controversia super subselliis templorum, et actor juris sui demonstrationem sine praefinito termino probatorio sponte susciperet, et inter alia allegaret, intentionem suam satis liquidam esse ex insignibus suorum majorum, quorum vestigia adhuc in illis subselliis apparerent, ab adversa parte autem negaretur, haec illorum esse insignia, pro quibus illa venditaret actor, nec ex ejusmodi insignibus antiquis continuatum certae familiae jus doceri posse, actis ad Jctos rostochienses transmissis, pronunciatum fuit: *Würde Klaeger besser, als geschehen, erweisen, dass seine Stieff. Tochter von der Schumacherschen und Tobingischen Familie sey, und das Schumacherische Wappen in der Capelle an dem benamten Orte gestanden, auch das Tobingsche Wappen auff denen streitigen Stühlen annoch zu befinden, so waere das von dem Wappen hergenommene argument in so weit relevant, dass daraus könte geschlotsen werden, dass Klaegers Stieff-Tochter besser Recht am besagten Stühlen habe, als Beklagter*, quae ultima tamen verba leuterationi ansam dedere, cum possessor eo ipso melius jus habere censeatur, quod possessor sit, donec actor plene probaverit, etiamsi a sua parte nihil allegare possit. *l.* 2. *c. de probat. l. f. c. de r. v.* Verum hoc ad nos non pertinet; prius vero de meliori probatione recte se habet, cum alter hactenus nullis probationum cancellis fuerit inclusus.

Idem in aliis similibus casibus obtinet, qualis adhuc nuper in facto contigit, ubi cum pater certam pecuniae summam sive sortem pro filio juniore deposuisset, hac tamen lege addita, ut ipsi non liceret sortem exigere, nisi necessitate quadam ad hoc adigeretur, filius autem, qui certo opificio addictus erat, mortuo patre urgebat solutionem sortis, *weil er das Geld nöthig hette zu seiner Wanderschafft;* verum cum hoc necessitatis speciem non haberet, utpote cum opificiis addicti in itinere non soleant multis sumptibus opus habere, cum ubique locorum inveniant, ubi pedem figant, et victum quaerant, hinc pronunciatum fuit mens febr. a. c. ab amplissimo Jctorum collegio hujus Friderie. *Dass Klaegers suchen nicht statt habe, Er könte und wolte dann die angeführte Nothwendigheit anderer gestalt und besser, als geschehen erweisen, darmit würde Er binnen Saechsischer Frist billig gehöret*;

Porro cum multi actores in hoc cautelam quaerant pro anticipanda probatione, ut testes, quos notitiam facti habere norunt, coram notario examinari curent, confecto desuper instrumento, quod postea mox libello adjiciunt, ut se ab ulteriori probatione liberent, quaeritur, quid jam sentiendum? Sane dantur casus, ubi tale instrumentum sufficit, adeo ut meliori probatione opus non sit. e. g. in possessorio summariissimo Ranchbar. *p.* 2. *qu.* 6. *n.* 65. Carpzov. *in proc. t.* 23. *art.* 1. *n.* 31. ut et in probanda diffamatione ad fundandum judicium diffamatorium, quia hic probatio summaria tantum requiritur, Carpz. *in proc. tit.* 20. *art.* 3. *n.* 3. Gail. *l.* 1. *obs.* 10. *n.* 7. Quod si vero causa sit, quae ordinariam probationem exigit, omnino recte pronunciabitur: *Würde Klaeger seine intention besser als geschehen, binnen gewöhnlicher Frist erweisen etc.*

Quo et referri poterit casus, ubi cum praefectus alicujus principis a subditis exigeret certas operas, diu non frequentatas, et rusticos has recusantes judicio conveniret, et pro fundanda intentione sua librum quendam mutilum, utut antiquum, quem venditabat *vor ein altes Amts Buch.* produceret, hic vero requisitis debitis destitueretur, subditi absolutionem ab actione petebant, ubi sequenti modo pronunciatum, *dass Beklagte von denen neurlich gesuchten Diensten zu absolviren, Es koente denn Klaeger anderer gestalt und besser binnen gewoehnlicher Frist seine intention beweisen, darmit waere Er annoch zu hoeren*:

Eadem ratione hoc referri meretur casus; si controversia coram arbitris hactenus tractata, et ibi testes examinati fuerint, causa vero coram his vel epropter composita non sit, quod utraque pars arbitrio renunciaverit, quod ipsis permissum, *l.* 13. *pr. et l.* 32. §. 3 *ff. de*

r. a. vel etiam laudum jam latum homologare silentio decem dierum moluerint, *l.* 5. *pr. c. d. t.* Gail. *l.* 1. *obs.* 150. *n.* 13. sed ad judicium ordinarium provocaverint;
21 hoc casu, si probatio coram arbitris facta per juratos testes, sed per hos negotium non satis probatum sit, non tantum licebit, illos super iisdem articulis adhuc semel examinare, *l. f. c. de testib.* Roland. a Valle *vol.* 2. *cons.* 45. *n.* 77. Altim. *saep. cit. tr. de nullit. sentent. p.* 745. *n.*
22 42. sed et alios testes et instrumenta superaddere, et ita prioris probationis defectum meliori probatione supplere poterit.

23 Pariter in actione aedilitia nuper contigit Halberstadii casus, ubi judaei servus cum christiano equum permutaverat, quem cum ipse judaeus aspiceret, mox videbat, equum permutatum rabie laborare, sive lunaticum esse, *dass das Pferd den Koller habe*, et ut fidem huic negotio faceret, fabros duos judicialiter ante actionem motam examinari curabat, qui unanimiter deponebant, *dass das Pferd kollricht sey*, quod attestatum libello jungebat, et adversarium juxta hoc ad restitutionem equi condemnari petebat; reus ad destruendum actionis fundamentum pariter jurato examinari curabat certos homines, qui notitiam equi sufficientem habebant, et inde deponebant, equum hunc semper fuisse sanum, nec se unquam indicium *des Kollers* observasse; actis ad facult. jurid. marpurg. transmissis pronunciatum erat.

Dass Klaeger den angeführten Koller des Pferdes besser als geschehen zu erweisen schuldig, und würde Beklagten darbey sein Gegenbeweiss vorbehalten.

24 A qua sententia quidem leuterabat judaeus, sed cum leuterando aliam agendi causam substitueret, scilicet quod sine mandato servus hanc permutationem suscepisset, rejecto hoc gravamine confirmabatur sententia; antea enim nullus probationi dictus erat terminus, nec formaliter in probando processerant, hinc recte probatio melior et reprobatio injuncta fuit.

25 Quare aliter omnino se res habet, si actori in processu jam injuncta sit probatio: pono casum, si cuidam in processu injuncta sit probatio, et illa hanc expediat coram notario et testibus, etiam mediante juramento, et postea desuper confectum instrumentum ejus loco intra terminum probatorium offerat, num propterea probatione sua cadat, an vero cum ulteriori
26 vel meliori probatione sit audiendus? Equidem negativa ab initio simpliciter admittenda videtur, notum enim est, quod decreta ordinaria probatione haec secundum praescriptas regulas processuales sit instituenda, et quod paria habeantur, plane non probare, et non legitime probare, *arg. l.* 6. *ff. qui satisd. cog.* cum, ut sunt verba M. Wesenbec. *p.* 5. *cons.*
27 218. *n.* 60. nemo propria auctoritate extrajudicialiter probationem suscipere, et inducere possit, sicut nec jurare. *l.* 5. *in pr. ff. de jur.* ad eamque Gothofr. *n.* 25. Neque examinatio ulla valeat, aut productio aut probatio, quae fit inaudita et non citata altera parte; ut hinc
28 dicendum videatur, exclusum ipsum esse ab ulteriori probatione, cum et forma rei non observata totus corruat actus; sed nec desunt, quae pro negativa urgeri possunt, non enim properandum facile erit ad exclusionem probationis melioris, cujus maximus est favor, *l.* 2. *seq. ff. de interrog. act. l.* 22. *ff. de testib.* ut judex istam magis adjuvare, quam coercere debeat, *l. ult. ff. de probat.* et is solum probationem deserere sit 29
dicendus, qui nihil pro ea facit, non qui facit, sed perperam, quod hic meretur potius correctionem, quam exclusionem, arg. eorum, quae in simili de appellatione tradit Mev. *p.* 1. *dec.* 48. *n.* 4. Scac. de appel. *qu.* 15. *n.* 51. Et in hanc sententiam propendere videtur 30
Mev. *p.* 4. *dec.* 148. Interim tamen postea se ipsum explicat, quod hoc procedat citra controversiam si termino probatorio adhuc durante defectum hunc probationis supplere velit, vel etiam, si antea terminus probatorius a judice nondum praefinitus fuerit, quae et nostra est sententia; quod si vero judex terminum sta- 31
tuerit, et actor aliam probationem quam instrumentum notarii non attulerit, postea cum meliori probatione audiendus non erit, sed reus potius absolvendus, cum idem sit, non probasse vel non sufficienter probasse. *l.* 6. *ff. qui satisd. cog.* Quapropter hoc casu melior pro- 32
batio post lapsum termini non aliter admittenda, quam si justa causa restitutionis in integrum concurrat, quorsum etiam negligentia advocati ejusque error recte refertur a Mevio *d. decis.* 148. *in fin.* addat. Hart. Pist. *p.* 1. *qu.* 12. *n.* 8. Sfort. Oddi. *de restitut. in integr. p.* 2. *a.* 11. *n.* 49. Et ad illam obtinendam non est 33
necesse, ut ordinario processu restitutio petatur, et impetretur, sed si justa ejus ratio judex sine ulla ambage pro citiori litis fine statim indulgebit, atque id statuet, quod aequum est, optime monente Mev. *d. dec. n.* 13.

Ulterius ad prioris probationis meliorem probationem 34
referri poterit juramentum suppletorium, quod etiamsi terminus probatorius jam tum elapsus sit, et probatio non sufficiens deprehendatur, recte adhiberi poterit, imo etiam debet, Myosing. *cent.* 1. *obs.* 68. *n.* 5. Nam cum 35
non raro contingat, probantem in sua probatione in tantum deficere, quod ea pro plena non sit habenda, judex, cum veritas omni diligentia sit inquirenda, et aperta et reperta veritas terminum disceptationis, ut loquitur *l.* 6. *c. de serv. fugit.* vid. et dn. Zaunschil. *de officio judic. supplet. p.* 2 *concl.* 12. §. 6. *n.* 3. Pro hac 36
finaliter eruenda suppletorium juramentum optimo jure, et ex officio decernit, quod illud intermittens appellationi locum faciat, *l.* 3. *c. de r. c.* juncta *l.* 37. *ff. de v. s.* Mev. *p.* 3. *d.* 417. *et p.* 4. *d.* 5. *n.* 1. Carpz. *pr. tit.* 12. *a.* 2. *n.* 8. quam maxime vero circumspectum eum 37
esse oportet in illo imponendo, quod semiplenam probationem, cujus descriptionem dn. Praeses. in disput. de ea habita *cap.* 2. §. 2. me docuit, quod sit actus judicia- 38
lis, quo rei dubiae fides aliqua fit judici, non tamen tanta, ut possit ipsum jure movere ad ferendam lsententiam definitivam, nisi adminiculo quodam suffulta sit, *arg. l.* 40. *ff. ad l. aquil.* praemissam et hujus decisionem judicis discretioni relictam velit, Carpz. *d. tit.* 12. *a.* 2. *n.* 26. quam tamen non vagam esse decet, sed certis rationibus suffultam *arg. cap. fin.* §. *ult.* v. inspectis personarum et causae circumstantiis etc. *a. de jjur.* quas enumerare propterea supersedeo, quod dn. Praes. *in cit. disp. cap.* 4. et harum doctrinam in se susceperit, prout et arbitrandum erit judici, si actor et 39
reus semiplene probaverit, utri horum illud deferre malit? quamvis melius deferat reo, B. Brunn. *ad l.* 3. *c. de r. c. n.* 10. quod in dubio standum sit regulae, quae, actore non probante, reum absolvendum jubet, Mev. *p.* 4. *dec.* 155. vid. et dn. Mart. ad o. p. saxon. *tit.* 30. *in pr. n.* 107. *seqq.*

40 Injunctum tamen, si ante ejus realem praestationem juraturus decedat, pro praestito est habendum, et mors vicem juramenti obtinet, si vivus illud praestare paratus fuerit, de quo videre licet excell. dn. J.F. Schneideri, professoris in hac academia P. Ordinar. *disp. inaug. de morte loco jjurandi*, scilicet iis concurrentibus, quae alias huic locum faciunt, Mev. *p.* 5. *dec.* 46.

41 B. Brun. *cent.* 3. *decis.* 11. Id specialiter addens, quod etsi petens suppletorium ante realem praestationem moriatur, ob contradictionem adversarii juramentum aeque pro praestito sit habendum, quia per ipsum non steterit, quo minus jurasset, nec adversarii iniusta contradictio ei prodesse debeat, ob id solum, quod actor beneficio juris *in l.* 12. *pr. c. de r. c.* pro se introducto uti noluerit. A. Fab. *l.* 4. *c. def.* 14. *fin.*

42 An vero super credulitate suppletivum quoque deferri possit? multae est disputationis. . fürmativam postulant nonnulli ex iis, quae Carpz. *Ip. for. p.* 1. *c.*

43 23. *def.* 8. Verum penitius hac inspecta, mens ejus non est, absolute illud concedere, quod tum praecise praesupponat casum, quando neuter litigantium certam rei scientiam habet, nec de veritate jurare potest; hoc stante, inquit, procul dubio super credulitate saltem deferendum erit juramentum ei, qui semiplene probavit et graviorem veritatis atque honestatis praesumptionem

44 pro se habet; non quidem ex subjecta ab illo ratione, quod non absurdum sit, ut super facto etiam alieno de credulitate saltem quis ad jurandum admittatur, ut optime existimat. B. Brun. *ad d. l.* 31. *ff. de jjur. n.* 16. et post eum dn. de Lynck. *cent.* 1. *decis.* 7. quod cum testi de auditu non credatur in re aliena, multo minus credendum in causa propria, Klock. *vol.* 2. *cons.* 79. *n.* 16. Et qui juramentum hoc subire velit, indubitatam et sensualem debeat habere rei notitiam, Prukm.

45 *vol.* 1. *cons.* 10. *n.* 93. sed ob inopiam alias probationis et quod litis alias non sit futurus finis. Ad quae se accommodare videntur, quae Mev. *p.* 3: *dec.* 373. *n.* 1. scilicet, posse judicem ex probationum inopia et difficultate incerta ad certam quantitatem redigere?, ut lis eo facilius terminetur, qui et *p.* 4. *dec.* 121. *n.* 7. docet, quod si de facto tertii sit quaestio, juramentum credulitatis pro suppletorio sit habendum. Coler. *p.* 1. *decis.* 116. *n.* 7.

46 Sed properandum, ne limites disputationis excedam, et hinc adducere adhuc placet regressum probantis, aut deficientis in probatione pro exoneranda conscientia ad juramentum, cujus declinandi ergo illam suscepit; plus quam notissimum enim est, quod si juramentum alicui deferatur, huic inter caetera liberum sit, conscientiam suam probatione liberare, *sein Gewissen mit Beweis zu vertretten*, cum non videatur turpiter, sed modeste potius facere, qui religione magis, quam conscientia motus tam facile jurare nolit, *l.* 8. *ff. de condit. instit.* Prudenter vero agit, qui nec 47
litis victoriam, quam ex liquidis probationibus sibi exploratam novit, deferentis perjurio velit committere, quod haud dubie per jurisjurandi relationem contingeret; A. Fab. *l.* 4. *tit.* 1. *c. def.* 3. *n.* 3. et licet in 48
ea defecerit, attamen ipsi recursus patebit ad juramentum delatum; Carpz. *in pr. tit.* 11. *art.* 5. *n.* 34. cui convenit ordin. process. magdeb. *cap.* 29. §. 9. Quo vero in casu duplicem adesse probationem minime censeo, quod defensio conscientiae surrogata sit in locum juramenti, et sic separatam probationis speciem non producat.

Non vero deferenti, si ipsi juramentum fuerit relatum, eadem est defensionis conscientiae facultas, sed hic 49
praecise jurare tenetur, quod hanc viam semel elegerit, et legem posuerit, quam ipsemet transgredi nequeat, arg. *l.* 1. *ff. quod quisque jur. in alt. l.* 25. §. 11. *ff. de const. pecun.* Carpz. *defin. forens. p.* 1. *c.* 14. *def.* 4. B. Brunn. *ad l.* 38. *ff. de jur. n.* 25. J. Setser. de juram. *l.* 4. *cap.* 6. *n.* 6. Equidem ut dissentiens de jure communi a nonnullis citatur, Fab. *d. defin.* verum ut mihi videtur perperam.

Quaestionis tamen hoc est, num si is, cui juramentum delatum, probationem deseruit, ei regressus ad 50
juramentum pateat? Ad quam cum Carpz. *def. forens. p.* 1. *c.* 14. *def.* 23. Berlich. *p.* 1. *concl.* 33. *n.* 19. *et* 20. Brunn. *ad l.* 30. *ff. de j. jur. n.* 5. negative 51
respondeo, ex quo namque casu probatio surrogata est in locum juramenti, non potest non perditum censeri jusjurandum, hoc ipso, quod probatio sit et dicatur deserta ex natura et qualitate surrogati, quae semper eadem cum illo, cui surrogatur. *cap. eccles.* 3. *x. ut lit pend.* Et poena in surrogato locum habens, extendatur quoque ad illud, cui fit surrogatio. Carpz. *l.* 3. *resp.* 59. *n.* 5. *et in pr. tit.* 2. *a.* 5. *n.* 48. *seqq.* Nec mo- 52
veor in contrarium per ea, quae Richt. *dec.* 108. *n.* 15. habet; quod pro ratione ipsi solum sit, sic aliquando in curia provinciali jenensi fuisse responsum, qui tamen no. fin. bene monet, cessare defensionem, si juramentum fuerit acceptum, prouti et utramque cessat, si quis intra terminum a lege praescriptum ad neutrum eorum sese obtulerit.

Tantum! Deo vero t. o. m. gratias, quas mente mea concipere possum, maximas ago, quod huc usque larga sua benedictione in studiis mihi assistere voluerit, supplices ad ipsum fundens preces, ut imposterum Spiritus S. gratia meis velit adesse laboribus, quo in ipsius gloriam, proximique cedant emolumentum.

DISPUTATIO DECIMA SEPTIMA

CONTINENS

RESOLUTIONES CASUUM FORENSIUM,

DIE MAJ. ANNO MDCCV.

RESPONDENTE

LEVIN CHRISTIAN LUEDECKE, HALLO-SAXON.

INGRESSUS.

Scire leges, non esse verba earum tenere, sed vim ac potestatem, adeo decantata juris regula est, ut etiam me non monitore veritas ejus in confesso sit. Equidem sola legum scientia nihil aliud est, quam aliqualis earum notitia historica, seu memoria juris, quae sane parum utilitatis afferet illi, qui ad strepitus forenses accedens, aut in perorandis juribus partium desudare, aut etiam in ambiguis causarum fatis decidendis, partes suas rite explere velit; quid enim frequentius est, quam quod interdum et minima circumstantia integram juris applicationem variet, ita ut pro harum qualitate decisio, quae alias affirmativa fuisset, in negativam permutare judex necessum habeat. Lubet saltim ex poenalibus unicum exemplum adducere, ubi homicidam morte puniendum esse, cuilibet patet; sed an hoc homicidium ita sit qualificatum, ut poena mortis dictanda sit, altioris indaginis quaestio est, et non nisi probe consideratis circumstantiis dijudicari potest. Quamobrem haud inanem illi navant operam, qui scientia juris sibi bene acquisita, mature ejus ad casus obvenientes applicationem sibi curae esse sinunt. Ea, quae hic adducta vides, b. l. eam ob causam a me prolata fuere, ut eo melius instituti mei ratio in propatulo sit. Cum enim jussus eorum, quibus immorigerum me praestare mihi semper religioni duxi, eo collinearet, ut adhuc altera vice cathedram publicam ascenderem, statim animum induxi meum, idem dissertationis genus, quod frater meus suscepit, eligere, ac quantae in discutiendis casibus practicis ingenii mei vires essent, tentare. Et cum hactenus per triennium excellentissimum Dominum Praesidem disserentem, ac jura interpretantem audire mihi licuerit, eo inprimis mihi quoque allaborandum esse existimavi, ut et sub ejus praesidio publice disputandi facultas mihi quam benevole concederetur. Cui petito meo, cum annueret vir excellentissimus, non possum non, quin me felicem praedicem, quod ego sextus ex familia nostra sim, cui singularis honor, sub hoc Praeside cathedram conscendendi, contigit. Tu vero t. o. m. Deus, qui hactenus studiis meis tuo gratiae lumine benedicere voluisti, mihi quoque hac vice adsis, ut omnia cedant in tui nominis gloriam et proximi emolumentum.

CASUS I.

De valore pacti successorii fratrum super portione fratris absentis.

SUMMARIA

Facti species. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 3.
Rationes dubitandi. n. 4. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 17. *seqq.*
Conclusio. n. 67.
Resolutio rationum dubitandi. n. 68.

In illustri quadam familia ducatus brunsuicensis quatuor supererant filii, quorum secundus patre adhuc vivo in Indiam orientalem se contulerat, ibique aethiopissam uxorem duxerat, tertius et quartus fratrum exteras visitaturi provincias, primo interim commiserant administrationem bonorum paternorum, cum quo post reditum ita transegerunt, ut primus ille omnia feuda paterna retineret, et exinde cuivis fra- 1

in tr. de succession. p. 2. *tract.* 8. *th.* 12. *n.* 1. *seqq.*
51 Cum itaque (8) per ea, quae hactenus adducta fuere, satis clare appareat, hic non subesse pactum de futura haereditate fratris, hinc sua sponte fluit, quod neutiquam pro nullo ac *legi fin. c. de pact.* contrario declarari poterit; quae sententia adhuc eo magis convalidatur, si porro fundamenti loco ponatur, quod transactio hic non super allodio, sed super feudo antiquo inita sit, de quibus feudis antiquis constat, quod in his succedatur secundum pacta majorum et providentiam juris feudalis, sicuti hoc ex ipso nomine, cum feuda ex pacto et providentia appellentur, apparet; Struv. *de feud. c.* 4. *th.* 12. *n.* 1. Hartm. Pistor. *p.*
53 2. *qu.* 1. *n.* 10. *seqq* Et cum per jus saxonicum feudale, quod in superiori ac inferiori Saxonia usitatum fuit, antequam jus feudale longobardicum reciperetur *arg. a. b. c.* 5. §. 2. ibi: *ubi jura saxonica servantur.* Conring. *de orig. jur. germ. c.* 30. dispositum, ac adhuc in viridi observantia sit, quod nullus agnatus ad successionem feudi admittatur, nisi ipsi per pactum simultaneae investiturae prospectum sit, Dauth.
54 *ad l. fin. c. de pact. n.* 87. quod jus simultaneae investiturae nihil aliud est, quam pactum de futura successione feudali, seu societas aliqua mutua quoad jus succedendi. Hartm. Pistor. 2. *q.* 24. *n.* 1. Inde haud
55 difficile cognitu est, rationem juris civilis de voto captandae mortis in feudalibus diu explosam esse, ac non amplius attendi, sed potius satis bene fundata videri pacta agnatorum de feudo in casum factae de-
56 volutionis. Sicut et (9) ex hac ratione non solum talia pacta quoad successionem ipsorum paciscentium valida sunt, uti de simultanee investitis paulo antea
57 monitum, Vultej. *de feud. lib.* 1. *c.* 7. *n.* 48. sed et illa pacta, in quibus de successione tertii ignorantis et non consentientis agitur, expresse approbata, dum nimirum ibi pactum inter dominum et tertium de feudo huic in casum, si praesens vassallus mortuus, eedendo, recensetur, et convalidatur, ex quo tamen nihil aliud quam votum captandae mortis fluere poterit. 2. *feud.* 26. §. *moribus.* Hartm. Pistorius *d. p.* 2. *q.*
58 25. *n.* 4. *seqq.* Nec refert, utrum ille sciverit vel ignoraverit, de cujus feudo, in casum mortis facta investitura, modo ipse vivus nihil detrimenti inde senserit, 1. *feud.* 27. §. *si quis* Carpz. *p.* 2. *c.* 45. *d.* 1. Struv.
59 *de feud. c.* 7. *n.* 6. Gail. *l.* 2. *obs.* 155. Denique (10) et fratres vi simultaneae investiturae jam jus reale sibi acquisiverant in absentis peeunia feudali Carpz. *l.* 6.
60 *r.* 77. Struv. *de feud. c.* 9. *th.* 16. *n.* 1. ita ut licet ex India redux fuisset, et in Germania obiisset, ille tamen nulla dispositione seu testamento jus eorum diminuere potuisset; cum talia testamenta in feudis non valeant, 1. *f.* 8. Rosenthal. *de feud. cap.* 7. *concl.* 3.
61 *seqq.* Schard. *de feud. p.* 7. *cap.* 2. ubi iterum ratio juris civilis vacillat, quod nemo sibi per pactum facultatem testandi adimere possit, ita ut hic non sit quaestio de pacto super bonis alterius viventis liberae ejus dispositioni obnoxiis, sed de pacto super bonis ad ipsos paciscentes nexu quodam reali jam pertinentibus.
62 De quo casu doctores communiter sentiunt, quod valeat pactum super re illa in casum mortis conceptum, in qua jam jus aliquod habeo, et improbetur tantum in illis rebus, quae nullo jure ad paciscentes pertinent. Johann. Torre *de pact. success. l.* 1. *c.* 21. *num.* 10.
63 Hartmann. Pistor. *p.* 4 *qu.* 1. *n.* 9. *et* 24. Unde et pactum inter fideicommissarios super re, quam sperant post mortem gravati, eadem validitate gaudet, quam si paciscerentur super re propria, Fusar. *de fideicomm. qu.* 309. *n.* 3. *et* 310. Censal. ad Peregr. *de fideicomm. art.* 51. Gratian. *discept. for. c.* 818. *n.* 43. Torre *de pact. success. lib.* 1. *c.* 23. *n.* 7. *seqq.* sicut et haec sententia clare fundata est in *l.* 11. *c. de fideicomm.*
Tandem (11) et praesens pactum ab appellati patre, 64
jam anno 1658. initum fuit, quod tamen appellatus saltim anno 1692. et ita diu post triginta annos impugnare ausus fuit, etiamsi patris sui haeres factus; jam vero omnis actio personalis tam ad servandum quam rescindendum contractum expirat 30. annis *p. l. sicut.* 3. *c. de praescr.* 30. *vel* 40. *annor.* In specie 65
tunc, quando impugnatio ex capite nullitatis instituitur, Blas. Ilimar. *tr. de nullit. p.* 1. *rubr.* 8. *q.* 102. *n.* 1. Johann. Carol. Anton. *de tempore legal. l.* 2. *c.* 94. Franc. Niger. Cyriac. *controv. for. lib.* 1. *contr.* 131. *n.* 18. Quam ob rem nihil operatur, quod ap- 66
pellati pater semper reditum absentis fratris expectaverit, cum hic non sit quaestio de praescriptione contra fratrem absentem, sed contra praesentem, qui
ipse factum suum impugnare conatur. Hinc concludo, 67
quod praesens pactum super feudo paterno omnino validum sit, et licet non esset validum, tamen ob lapsum 30. annorum amplius impugnari non possit.

Neque ad rem faciunt ea, quae loco rationum dubitandi adduxi, quod enim earum primam attinet, illa 68
jam satis per rationem decidendi 1. 2. et 3. refutata fuit, quod scilicet fratres super haereditate patris jam delata, et quidem in specie super feudo transegerint; neutiquam vero de haereditate absentis fratris pacti sint. Neque hic, quod porro urgebatur, votum captan- 69
dae mortis subfuit, dum paciscentes satis certi fuere quod absens frater pecuniam ipsi assignatam, *die* 15000. *Thl. Lehn Stamm*, ipsis adimere haud potuerit, ut ita dispositio *l. fin. c. de pact.* ad hoc transactum feudale neutiquam extendi possit. Quo etiam rationi 70
dubitandi 2. satisfactum esse puto, cum non opus sit hic exceptionem docere, quoniam praesens pactum super feudo ad regulas juris civilis non pertinet. Ter- 71
tia ratio dubitandi idcirco parum relevans est, cum adhuc nimium quantum a doctoribus oppugnetur, nec sine ratione, dicentibus, quod pacta super re particulari valeant, cum non adimant testandi licentiam, Gail. *l.* 2. *obs.* 126. *n.* 8. ubi hanc communem dicit Philipp. Pascal. *de virib. pat. pot. p.* 3. *c.* 7. *n.* 13. Oldrad. *con.* 139. *tot.* Et licet valeret, hic tamen 72
non facile ea applicari posset, cum hic non super pacto haereditatis alienae, sed super parte feudi ad paciscentes ex pacto et provisione majorum pertinente,
actum sit. Ubi adhuc probe considerandum, quod feu- 73
dum ejusmodi antiquum non sit pars haereditatis, sed ab hac penitus separatum, hinc in fideicommisso universali de restituenda haereditate non comprehenditur. Mantica *de conject. ult. volunt. l.* 7. *tit.* 9. *n.* 1 *seqq.* Peregr. *de fideicomm. art.* 6. *l.* 18. Fusar. *de subst.* 74
fideicomm. qu. 631. *n.* 2. nec in petitionem haereditatis veniat, nisi feudum sit haereditarium, Goth. Anton. *disp. feud.* 13. *th.* 3. *lit. h.* Rosental. *de feu-*
dis c. 7. *concl.* 12. *n.* 8. cum autem haec portio feu- 75
dalis ad haereditatem absentis fratris non pertineat, dici quoque non poterit, quod super parte haereditatis futurae transactum fuerit. Quartam et quintam 76

quod attinet, verum quidem est, quod dd. super praxi Germaniae hoc in passu in diversas abeant sententias; quodsi vero status controversiae non generaliter, sed in certa hypothesi ac determinatione proponatur, quod nimirum fratres nobiles inter se, super portione feudi fratris absentis, in qua jam jus reale habent; in casum si non reverteretur, pactum inierint, quemlibet sane consentientem habebo, tale pactum in foris Germaniae subsistere, dum pacta familiarum nobilium etiam super feudis in Germania recepta sunt. vid. 77 *rat. decid.* 7. Sicut et sexta nihil officit, quod jus romanum in ducatu brunsuicensi ac lunebergensi introductum sit, dum-et simul concessum, quod antea jus Saxoniae in iis terris obtinuerit, ut ita difficile probatu sit, per receptionem juris civilis omnes antea usitatas consuetudines sublatas fuisse, inprimis Con- 78 ringius *cit. loc.* ipse contrarium fatetur: sed hic ne quidem quaestio est, quid juri civili romano, sed quid consuetudinibus feudalibus ac praxi Germaniae 79 congruum sit. Septimam denique quod tangit, illa nunquam ab allegato Schurffiio neque textu, neque ratione probabitur, quam ob rem et ejus opinio refutata videri 80 poterit apud Vultej. *de feud. l.* 1. *c.* 7. *n.* 48. *in fin.* uti et facultas paciscendi de feudis satis deducta fuit 81 *in rat. decid.* 8. 9. *et* 10. Neque etiam pacta successoria super feudis casui, si dominus feudi cum tertio de feudo viventis paciscatur, applicari poterunt. Id 82 enim, quod feudi domino, tanquam domino directo competit, hoc nunquam vassallo tamquam domino utili negari poterit, cum uterque jure minus pleno gaudeat; 83 sic porro non valide objicitur, quod casus de expectativa feudi a domino concessa hoc non pertineat, cum dominus mortuo vassallo non jure successionis, sed consolidationis feudum acquirat; siquidem vera ratio decidendi in eo consistit, quod de re tertii ineatur pactum, et ita votum captandae mortis inducatur 84 *l.* 15. *c. de pact.* Ut jam non adducam, quod in specie pacta fraterna, ut sibi in feudo succedant, et per consequens etiam, ut non succedant, in jure feudali expresse confirmata sint, 1. *feud.* 24. §. *si duo fratres.* ibi: *per pactum enim fratris frater succedit; cap. si duo.* 2. *feud.* 12. ibi: *nisi facta fuerit eo pacto.* Hartm. 85 Pistor. *p.* 2. *qu.* 10. *n.* 6. Quapropter decisio hujus controversiae feudalis neutiquam ob specialitatem rationis ex jure romano dijudicanda, sed potius praesens pactum pro valido, ac praxi et consuetudinibus Germaniae feudalibus conformi, reputandum erit.

CASUS II.

De debitoris debitore excutiendo.

SUMMARIA

Casus. n. 1. *seqq.*
Rationes dubitandi. n. 5. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 9. *et seqq.*
Conclusio. n. 15.

1 Nobilis quidam, quem Alexandrum nominabo, debitum haud exiguae sortis ab alio quodam nobili, cui Casimiri nomen erit, exigendum habebat, quod tamen, cum patrimonium debitoris ob ingens aes alienum jamdum moto concursu distractum esset, com- 2 mode petere hactenus non potuerat; jam vero in notitiam ejus pervenit, quod filia Casimiri, nomine patris duas obligationes 37000. thalerorum, Javoleno pignori dedisset, quos Titius illi deberet; quam ob 3 rem ad exhibitionem harum obligationum contra Javolenum agere secum constituit, ut postea detractis detrahendis ad debitam sibi sortem exsolvendam tamquam cessionarius Titium convenire possit; hinc oriebatur quaestio: an intentio ejus in jure fundata sit? 4

Equidem pro amplectenda negativa haud parum fa- 5 cere videtur; quod jus excutiendi debitoris debitorem nemini regulariter competat quam soli fisco *l. non intelligitur.* 3. §. 8. *ff. de jure fisc. et ibi* Lauterbachius, qui id tamquam speciale privilegium habet: B. *d.* Brunnemann. *ad cit. l.* 3. *n.* 4. Cui accedit, quod ob 6 concursum in bonis obaeratis Casimiri semel motum in incerto sit ac parum liquido constet, an non forte adhuc alii debitores latitent, quibus tamquam meliori jure munitis jus praelationis competeret; non enim 7 licitum est excitato jam concursu uni creditorum gratificare *arg. l.* 24. *ff. quae in fraud. credit.* Et hinc 8 adjudicatio pendente concursu uni creditorum facta, non subsistit, sed potius ea non obstante, quod adjudicatum, revocatur, et ipsa cassatur, quoniam cum pendente lite facta sit, attentati vitio laborat, Mevius *p.* 4. *dec.* 142.

His tamen non obstantibus, cum Casimirus in con- 9 tractu ipso creditori Alexandro in omnibus bonis suis hypothecam generalem constituerit, ac satis constet, quod sub tali generali constitutione etiam nomina contineantur, *l. nomen* 4. *ff. quae res pig. obligar.* cum 10 tertiam bonorum speciem constituant. *l. a Divo Pio* 15. §. 2. *ff. de re judicata.* Dn. Praeses *tr. de caut. contr. sect.* 2. *cap.* 4. §. 15. Eo autem casu in con- 11 fesso sit, quod creditori utilis actio ad exigendum nomen, et excutiendos debitoris debitores quaeratur, per expressa verba *l. nomen.* 4. *quae res pignori dari poss.* Dn. Praes *cit. loc. et in tr. de a. & j. sect.* 12. *membr.* 5. §. *ult.* adeo, ut si non obstante denunciatione 12 a creditore debitoris debitori facta, quod scil. nomen ejus ipsi obligatum sit, tamen solverit, nihilominus adhuc ad illud solvendum teneatur, *arg. l.* 3. *c. de novat.* B. dn. Brunnem. *ad cit. l.* 4. *n.* 8. ita et statim exe- 13 cutio nominis fieri possit, *Id ad l. si in causa* 2. *c. qui pot. in pign.* Insuper etiam Alexander sufficien- 14 tem cautionem offerat, quod nimirum omnibus creditoribus, qui jus prioritatis sibi competere probabunt, respondere ac iis satisfacere velit, quae oblatio cautionis tali casu omnino admittenda, Mevius *p.* 3. *d.* 138. *n. ult.*

Hinc Alexandrum summo jure, ob jus crediti liqui- 15 dum, officium judicis implorare posse, ut Javolenum possessorem obligationum 37000. thalerorum compellat ad earum editionem; quodsi factum, tunc utili actione, de qua superius mentio facta, Alexandrum contra Titium ad debitum pro quantitate residuae sortis restituendum experiri posse, censeo.

CASUS III.

An facta semel provocatione ex l. diffamari ob praetensam matrimonii promissionem, subsequuta citatione litis pendentia inducatur, et an magistratus oppidanus tali casu de causa matrimoniali cognoscere possit?

SUMMARIA

Casus. n. 1. *seqq.*
Quaestio. 1. *n.* 6. *seq.*
Quaestio 2. *n.* 8.
Rationes dubitandi. qu. 1. *n.* 9. *et seqq.*
Rationes decidendi. n. 13. *seq.*
Conclusio. n. 18.
Quaest. 2. *n.* 19.
Rationes dubitandi. qu. 2. *n.* 20. 21.
Rationes decidendi. n. 22. *seqq.*
Conclusio. n. 25.

1 Titia juvenis quaedam puella inculpat Mevium, cujus matri antea a servitiis fuerat, quod eam tunc temporis sub spe futurarum nuptiarum impraegnaverit, ac
2 palam hujus criminis culpam ipsi confert; Mevius hoc rumore incensus, provocat Titiam ad agendum, et ad probandam causam diffamationis suae coram senatu oppidano, quo etiam fit, ut varia vice ad respon-
3 dendum citetur. Titia interim se confert ad consistorium electorale ejusdem civitatis, ac ad consummatio-
4 nem promissi matrimonii contra Mevium agit: ille nihilominus prosequitur litem ex l. diffamari institutam acriter, et cum illa intra terminum praefinitum non compareret, pro contumace declaratur, ac in poenam ejus decretum impositionis perpetui silentii pu-
5 blicatur. Illa autem non obstante hoc decreto actionem adimplendum matrimonium de novo movet coram con-
6 sistorio, unde quaerebatur. 1. An non mota semel condictione ex l. diffamari magistratui oppidano competat jus, tam de puncto impraegnationis, quam de
7 promisso matrimonio cognoscendi; an vero Mevius coram consistorio sese sistere, ac de lite matrimo-
8 niali controvertere necessum habeat? 2. An ille non potius exceptionem praeventionis et litis pendentiae seu continentiae non dividendae consistorio electorali opponere possit, et cum ea audiendus sit?

9 Quod itaque primam quaestionem attinet, videtur quidem pro affirmativa militare, quod in confesso apud
10 dd. sit, judicem competentem hic esse illum, cujus jurisdictioni subjectus est diffamatus, utpote qui hic rei vices sustinet. Gail. *l.* 1. *obs.* 9. Myusinger. *cent.* 6. *obs.* 90. Blarerus *ad l. diffamari c.* 4. *n.* 2. *et seq.*
11 cum Mevius Titiam ex utroque diffamationis capite coram senatu oppidano convenerit, ipsa quoque citatio eum in finem reiterata vice subsecuta sit, antequam
12 ad consistorium lis devoluta fuit. Decantatissimi autem juris est, quod ubi acceptum est judicium, ibi et finem accipere debeat, *per famosam l. ubi acceptum* 30. *ff. de judiciis et* b. dn. Brunn. *ad c. l.*

13 Attamen cum Mevius hac in causa proprie loquendo non actoris sed rei personam repraesentet, ex l. enim diffamari alterum ad agendum provocans, non
14 actor sed reus fit; Carpz. *p.* 1. *c.* 7. *d.* 27. *n.* 6. Titia etiam tamquam diffamatrix, non opus habeat in eo judicio, ubi ab actore provocata, comparere, sed potius libero ipsius arbitrio relictum sit, coram quocumque alio judicio competente diffamatum accusare, ac veritatem diffamationis probare, Zanger. *de except. p.* 2.
15 *c.* 13. *n.* 20. Carpz. *l.* 2. *r.* 34. *n.* 13. Inprimis si hoc fiat re adhuc integra, seu nondum imposito silentio, uti in casu praesenti, ubi citatio consistorii Titia implorante facta, antequam silentium a magistratu oppidano ipsi imponeretur: quo casu diffamator satisfacit citationi ex l. diffamari, si in judicio competenti agat, et diffamationem probet. Denique etiam causae matrimoniales tanto gaudent privilegio, ut ad aliud 16
forum trahi nequeant, quam ad consistorium. Reinking. *de reg. sec. et eccles. l.* 3. *classe* 1. *cap.* 10. *n.* 20. *et seqq.* Finchelthaus *de jure patronatus c.* 4. *n.* 15. *in fin. et n.* 16. adeo, ut si hoc factum, generalis 17
exceptio fori opponi possit; dn. Praeses *in introd. ad prax. cap.* 9. §. 4.

Hinc puto magistratui oppidano nullo modo jus in 18
his causis cognoscendi competere posse. Sed potius, cum causa principalis ratione matrimonii coram consistorio tamquam foro competente agi coepta, necessum quoque sit, ut ibi decidatur, et processus diffamatorius sistatur.

Ex quibus etiam altera quaestio decidenda, cum e- 19
nim Titia ante impositum silentium judicium matrimoniale coram consistorio instituerit; id quod illa, uti ex superius adductis apparet, potuit, hinc sua sponte fluit, quod Mevius coram consistorio se sistere, ac ibi causae decisionem exspectare teneatur.

Nam si porro considerem, an non Mevius excep- 20
tionem praeventionis etc. habeat, videtur quidem, quod cum senatus oppidanus jamdum duplici vice Titiam diffamatricem citaverit, antequam illa coram consistorio litem moverit, praeventionem et litis pendentiam inductam esse, cum sola citatio litem pendentem faciat, *Clement.* 2. *ut lite pend. cap. proposuisti x. de foro compet.* Dn. Praes. *in i. ad pr. cap.* 9. §. 4.
Zanger. *de except. p.* 2. *c.* 13. *n.* 7. Hinc per citatio- 21
nem induci litis pendentiam non tantum respectu judicii diffamatorii, sed et respectu ipsius causae principalis, prolixe tradit Aegidius Bossius *tr. crim. de foro competente n.* 107. cui adstipulatur Blarerus *ad l. diffamari c.* 4. *n.* 40. Mundius *ad l. diffamari c.* 5. §. 1. *n.* 36. *et seq.* Ita, ut et hoc in casu exceptio litis pendentiae Mevio competere videatur.

Quoniam autem non obscura diversitatis ratio est, 22
inter citationem ab actore impetratam, et inter citationem, qua reus actorem ad agendum provocat, qualis est illa, quae fit ex l. diffamari; communis quo- 23
que doctorum schola eo unanimiter collineet, quod, cum diffamatus non agat, sed per citationem alterum ad agendum invitet, ejus citationem nullam litis pendentiam seu praeventionem inducere possit; Carpz. *d. r.* 34. *n.* 10. *et seqq.* Mevius *p.* 1. *d.* 198. Brunn. *ad l. diffamari c. de ingen. man. et ad l. ubi acceptum* 30. *ff. de judiciis*, vel ut alii dd. dicunt, praeventio in judicio diffamatorio non operatur praeventionem in causa principali, cum sint separata judicia, quorum etiam diversi fines sunt. Gail. *l.* 1. *obs.* 11. *n.* 6. Bernh. Graev. *lib.* 1. *concl.* 11. *n.* 3. Zanger. *de except. part.* 2. *c.* 13. *n.* 14. *et seqq.* Quamobrem senten- 24
tia Bossii et sequacium tamquam singularis, et nulla juris ratione munita, merito a Zangero rejicitur. *p.* 2. *c.* 13. *n.* 21. Hinc concludo, exceptionem litis pen- 25
dentiae Mevio non competere.

CASUS IV.

An per scriptum publice editum refutato competat jus torquendi?

SUMMARIA

Casus. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 14. *seqq.*
Rationes dubitandi. n. 15. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 26. *seqq.*
Conclusio. n. 19. *seqq.*

1 In civitate quadam vicini ducatus b. curiosa admodum lis inter duos artis medicae addictos aliquando
2 agitata fuit, cui sequens casus ansam dedit: capitaneus quidam, qui praesidii loco ibi relictus erat, nomine Traso, in petechialem febrim pessimum morbi genus, incidebat, quamobrem licentiatum quendam medicinae, quem Titium appellabo, consulit, ut principiis obstaret, ac meliora remedia contra morbum
3 ipsi suppeditaret; cum vero in dies crescente morbo, optatis ejus non responderet eventus, alium adhuc medicum ejusdem civitatis doctorem Cajum admovet, ut ad hunc ancipitem ac quasi desperatum morbum penitus extirpandum omnem industriam suam adhi
4 beret. Ille, cum in agone quasi constitutum aegrotum videt, nullo alio remedio ipsi succurrendum esse consultum putat, quam sola tinctura bezoardica doctoris Michaelis, medici quondam lipsiensis, ac aliis quibusdam cordialibus, adjecto insuper expresso interdicto, ne ut aegrotus sudorem sibi excitaret, multum operis impenderet, quoniam jam dum plus sudasset, quam
5 opus fuisset; sed et in hoc aegroto veritas hujus dicterii apparuit, quod ad impediendam mortem nulla medicina apta sit; dum paulo post diem obire supremum necessum habuit. Accidit, ut paucis post mortem diebus fama urbem pervolaret, quasi per tot sudorem promoventia medicamenta mors hujus aegroti
7 culpa D. Caji accelerata fuisset. Quo rumore permotus, specialem tractatum publicare secum constituit, demonstraturus, quantum damni ac periculi intempestiva venae sectio ac purgantium reiteratio (quibus remediis et defunctus capitaneus suasu antecessoris sui l. Titii usus fuerat) in febribus petechialibus ac hecticis afferret, e contra autem quantum utilitatis sudori in ejusmodi morbis inesset. Cui tractatui, ad
8 propellendum de se sparsum rumorem, integrum cursum morbi, quo defunctus capitaneus decubuerat, ac modum suae institutae curationis subjungit; ubi enarrat, qua ratione antecessor ejus l. Titius curam defuncti susceperit, sub attestato notarii, ac responso fa-
9 cultatis medicae Helmstadiensis; simulac absolutum praelo opusculum, gravi injuria se maculatum esse putabat l. Titius, adeo ut et sereu. princ. ejusd. ducat. imploraret, quo modo dictum opusculum, tamquam
10 scriptum famosum confiscaretur. Delatum fuit ipsius petito, ac distributio hujus tractatus prohibita; inte-
11 rim, licet d. Cajus se penes omnes excusatum redderet, quod scriptum hocce non eum in finem publici juris fecerit, ut l. Titium injuria quadam afficeret, ille ipsi libellum retorsionis mittit, *in welchen er ihm einen Ehrvergessenen Calumnianten, verwegenen Diffamanten, und hochzustraffenden Ehrenschender*
12 appellat, et licet haec retorsio non acceptata, sed statim ipsi insinuanti reddita fuerit, nihilominus l. Titius instrumentum factae insinuationis confici curat, quod
13 et in variis locis ab eo distributum fuit; D. Cajus hisce injuriis permotus, proc ssum injuriarum contra l. Titium instituit, ac eo res perducta fuit, ut a senatu civitatis sequenti modo pronunciaretur: *quod, si l. Titius jurato asserere posset, se non animo injurandi in libello retorsionis, verba ista injuriosa ubi actorem einen calumnianten, diffamanten, und schaendlichen Ehrensckender declarat, sed saltim retorquendi ac existimationem suam defendendi ergo protulisse, eum tunc ab instituta actione injuriarum absolvendum, in actis vero sibi invicem illatas injurias una cum expensis compensandas esse*, contra quam sen- 14
tentiam cum partes remedium supplicationis susciperent, quaerebatur: an d. Cajus adhuc audiendus sit, et an l. Titius sufficientem causam habuerit ob promulgatum tractatum, libellum quendam retorsionis d. Cajo insinuandi?

Equidem si rem primo intuitu considero, videtur 15
quidem, quod d. Cajus edendo tractatum de intempestiva venae sectione l. Titium haud levi injuria affecerit, et ita sufficientem retorquendi causam praebuerit, siquidem d. Cajus in modo dicto tractatu ejusmodi pro- 16
positiones posuit, quae ex praesupposito facto facili negotio in l. Titium applicari possunt; quae applicatio et 17
in ipso tractatu facta, dum positis propositionibus majoribus et ita praemissa thesi ipsa hypothesis, nimirum enarratio factae a l. Titio curationis adjecta fuit, ex quibus ipsa conclusio sua sponte fluit; et licet ejus existimatio saltim per consequentiam mediante hoc scripto laesa videatur, qualia quae per consequentiam fiunt, 18
regulariter attendi non solent *l. quod dicimus* 7. *pr. ff. de auth. tut.* Ast cum hoc in casu non par dubium, sed 19
necessariam consequentiam ex praemissis a d. Cajo formatis oriatur injuria, utique cum antecedens voluerit, et consequens voluisse censendus videtur. *arg. l.* 2 *ff. de jurisd.* Alexander. *vol.* 2. *consil.* 157. *n.* 14. Quo et 20
responsum a facultate medica Helmstadiensi requisitum facere videtur, licet enim non expressum nomen l. Titii ibi inveniatur, attamen non obscure illum indigitat, inprimis cum illud ipsum in dicto tractatu ejus curationi applicatum sit; quando vero ex circum- 21
stantiis apparet persona, quae per obliquum indigitatur, expressim nominata censetur, et hinc actioni injuriarum locus est. Mevius *p.* 7. *d.* 113. *n.* 3. Quae 22
omnia in thesi et hypothesi in vulgus divulgata, ita ut de l. Titio sermo ortus fuerit, quasi secando venas defuncti capitanei contra principia artis peccaverit, qualia scripta tamen ne publice edantur in rec. imp. prohibitum est per *rec. imp. de an.* 1530. §. *und nachdem die unordentliche Druckerey daraus.* Ex quo 23
iterum gravis injuria fluit, nam si atrox injuria est ea, quae in foro alicui fit, vel in conspectu praetoris §. *atrox* 9. *inst. de inj. l.* 7. §. *atrocem* 8. *ff. eod.* haec quoque atrox erit, quae fit per scriptum publicum et ita in conspectu omnium. Praesupposita vero 24
injuria tanta, uti hactenus enarratum fuit, beneficium retorsionis Titio competiisse, ac institutam a Cajo actionem injuriarum rejiciendam esse, omnino censendum; cum retorsio ex receptis Germaniae moribus sit ordinarium remedium tollendi injurias. Mevius *p.* 5. *dec.* 337. *n* 1. Gail. *lib.* 2. *obs.* 100. Ut 25
hinc qui remedio cons etudine imperii recepto utitur injuriam fecisse non censendus sit *l. nullus* 55. *de r. j.*

Verum enim vero d. Cajus edendo saepius dictum 26
tractatum *de intempestiva venae sectione* in re licita

versatus est. Quodsi enim in dicus opinionem quamdam fovet, cujus promulgationem bono publico profuturam putat, nulla sane prohibitio ipsi obstat, quo minus eam ob interesse publicum manifestare ac ita unius cujusque aegroti salutem aliqua ex parte promovere possit, cum unusquisque obstrictus sit, ad salutis publicae promotionem; et facit utilitas publica, ut aliquid dicatur favorabile etiamsi sit contra jus. Dominus Praeses. *disp. de salut. public. cap.* 2. *per tot. vol.* 3. Hering. *de molend. q.* 11. *n.* 93. Imo potius ipsius arbitrio relinquitur, si videat quemdam in opinione quadam multis nocitura versari, eamdem publice refutare, ac alios, ne eam sequantur, admonere; bonum publicum enim privatorum commodis antefereudum *nov.* 39. *cap.* 1. *versu sancimus*, Fritsch. *tract. de praesid. necess. sect.* 13. §. 2. et quod reipublicae causae fit secundum bonos mores, licet ad contumeliam alicujus pertineat, non producit actionem injuriarum, *l. quod reipublicae* 33. *ff. de injur.* adeo ut quando quis contra publica commoda peccari viderit, nec ut patri pareat necessum habeat; *l.* 35. *ff. de relig. et sumpt. fun.* Deinde quoque is non peccat contra jura, qui ejus nomen exprimit, cujus opinionem tamquam saluti hominum nocentem publice refutat, si modo a verbis famam alterius sugillantibus abstineat, quod per tot controversias doctorum, et ita per praxin fere universalem, quae vim legis habet, *l.* 35. *ff. de legib.* probari potest. Imo nullo jure fundatum est, quod quando quis examinando alicujus opinionem eam publico noxiam et principiis artis contrariam dixerit, si modo verba ipsam personam non tangant, ex eo aliqua nascatur injuria. Nam ubi personae non fit convitium vel contumelia, ibi non est injuria verbalis vel scripta *arg. l.* 1. §. 1. *ff. de injur.* potest enim quis falsae alicui opinioni ex errore esse addictus, et non ex animi malitia, hunc ergo errorem qui demonstrat, non peccat. Jam vero in integro isto tractatu ne unico quidem verbo injurioso in personam l. Titii d. Cajus insurrexit, sed potius eum debito honoris titulo afficiendo, ejus curam, prout ipsi enarrata fuit, recensuit, ac de ea fusius disputando, abusum venae sectionis in morbis acutis generaliter demonstravit. Id quod non ex pruritu contradicendi fecit, sed partim, ut proximum suum si in eum statum redigeretur, de non admittenda ejusmodi curatione admoneret; partim etiam, ut injuste de se natum rumorem, ac si mortem defuncti capitanei per nimium sudorem accelerasset, legitimo modo dissiparet; ex animo ergo cujuscumque judicandum, an injuria commissa. Gail. *l.* 2. *obs.* 106. *n.* 4. Sine dolo enim et animo delinquendi delictum non committitur, *l.* 1. §. *divus Hadrianus* 3. *ff. ad l. corn. de sicariis*; et ubi ex circumstantiis constat; non convitii consilio aliquid dictum vel scriptum esse, omnino a calumnia immunis erit: quemadmodum itaque D. Cajus non transgressis limitibus liciti, uti ex dictis apparet, in re licita, et aliqua ex parte necessaria versatus est; firma hinc sequitur conclusio, quod l. Titius se ullo modo injuriatum esse, asserere non potuerit; licet occasione editi tractatus alii nonnulli occasionem nacti fuerint, sinistre de eo loquendi, cum satis notum sit, quod non exitus facti, sed voluntas facientis inspici debeat; *l.* 14. *ff. ad l. corn. de sicar.* et quoties quis versatur in re licita, et quidem licito modo, toties non obligatur, etiamsi in alterum exinde redundaverit damnum. *arg.* §. 4. *ad l. aquil. const. crim. art.* 146. *princ. ibi. So einer ein ziemblig. unverbohten Werck an einem Ende und Orte, da solches Werck zu üben ziemblig ist, thut etc.* Et qui suo jure utitur, ille faciendo, quod publice permissum est, nemini infert injuriam, *l. nullas* 54. *ff. de r. j. l.* 13. §. 1. *ff. de injur. l. ſium.* 24. §. *ult. ff. de damno infecto et l.* 26. *ff. eod.* Enim vero liberum fuisset l. Titio, ad ea, per quae se injuriatum putat, respondere, ac orbi erudito ostendere, se non contra principia artis peccasse in curatione defuncti capitanei, demonstrando, quod sine ullo periculo venarum sectio in febribus petechialibus adhiberi possit; cum innumera fere scripta adsint medicorum, de admittenda vel non admittenda venae sectione in morbis acutis, ubi alter alterius opinionem, tamquam principiis artis haud consentaneam, inculpat, suam tamquam saniorem mordicus defendens: et quot non possent exempla recenseri acutissimorum medicorum, qui ratione unius morbi in diversissimas sententias abierunt, ex quibus tamen nulla unquam injuria suborta fuit Cum in schola veritatis et vincere et vinci honestum sit, et disputando et opponendo veritas luculentior appareat. Jason. *ad l.* 19. *notab.* 6. *ff. de lib. et posth.* Aromata enim sicut odoratiora contritu fiunt, ita corruscat eo magis veritas, quo acrius oppugnatur. Aym. Cravetta *tom.* 6. *cons.* 985. *n.* 4. Dum itaque l. Titius hoc honestum et inter eruditos publice receptum remedium ad defendendam existimationem suam putative laesam arripere potuisset; sane non opus habuisset in ipsa retorsione praesidium sibi quaerere, cum satis de cautali juris sit; quod ubi nulla praecessit injuria, ibi quoque nullus retorsioni locus Carpz. *p.* 3. *const.* 38. *def.* 8. *n.* 6. Et retorsio sine injuria facta, est injuria. Mevius *p.* 5. *dec.* 338. *n.* 5. Et cum denique verba retorsionis, *Da er D. Cajum vor einen Diſſamanten, Calumnianten und schaendlichen Ehren Dieb nennet*, per se injuriosa sunt, ita ut de animo injuriandi satis abundeque constet, quippe qui semper ex verbis sua natura injuriosis praesumitur, *dd. in l. si non convitii* 5. *c. de injuriis.*

Hinc puto, sententiam de jurata declaratione faciendo, quod hic animus injuriandi non adfuerit, reformandam esse. Gail. *l.* 2. *obs.* 106. *n.* 2. Carpz. *p.* 4. *const.* 42. *def.* 9. *n.* 8. et potius d. Cajum cum instituta actione injuriarum ob inique factam retorsionem audiendum, ac l. Titium non attentis exceptionibus suis in tantam pecuniae summam, cum refusione expensarum, condemnandum esse, quanta d. Cajus injuriam sibi illatam aestimaverit.

CASUS V.

Sub legato frugum et mobilium in feudo repertorum non venit frumentum satum, aut cujus messis adhuc instat.

SUMMARIA

Facti species. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 3.
Rationes dubitandi. n. 4. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 8. *seqq.*
Decisio. n. 18.

1 Mevius nobilis quidam Borussiae paucis ante mortem suam diebus condit testamentum, et quidem die 5. junii, cum frumentum jam dum satum esset, ac virescere coepisset, in quo testamento institutis defuncti fratris sui liberis haeredibus, reliquum quod adhuc erat, nimirum bona mobilia ac frumentum Ca-
2 jae legati nomine reliquerat, quae, non contenta cum exhibitione earum frugum, quae tempore facti testamenti existebant, pendentes quoque petendi jus sibi
3 competere existimabat. Unde quaerebat, an seges, quae tempore conditi testamenti sata, ac jam maturescere coepit, inter fruges existentes computanda sit, et an haeres scriptus Cajae legatario omnes illos fructus, qui nondum in horrea delati fuere, sed saltim adhuc in herba sunt, restituere necessum habeat?

4 Equidem alias haud incerti juris est, quod, si vassallus ante calendas martii et vivis decedat, tunc fructus non amplius pro parte feudi, sed potius allodii reputentur, ita, ut jus in iis succedendi non haeredi feudali, sed allodiali competat, per express. text.
5 2. *feud.* 28. §. *his consequenter*, imo jus saxonicum ne quidem tantum temporis spatium requirit, sed saltim eo respicit, an frumentum satum et rastris subac-
6 tum sit, Carpz. *p.* 3. *c.* 32. *def.* 1. Cum quo et consentit jus pruthenicum provinciale, prout expresse decisum videri potest *p.* 3. *tit.* 3. *art.* 1. §. 11. *in fin.*
7 Et cum tandem talia relicta in testamentis plenius interpretanda sint *l.* 12. *ff. de r. j.* videtur omnino, quod Caja pendentes illo fructus petere de jure possit.

8 Ast negotio paulo penitius inspecto longe aliter sese res habet; nam semper pro testatore adest praesumptio, quod magis dilexisse censetur haeredem, quam legatarium. Fusar. *de substant. qu.* 468. *n.* 8. Mantic.
9 *de conject. ult. volunt. lib.* 6. *t.* 11. *n.* 24. Unde et semper haec capienda est conjectura, testatorem noluisse nimium gravare haeredem *l. Titia* 34. §. *qui*
10 *invita* 5 *ff. legat. l.* 67. §. 8. *ff. eod.* quo etiam fit, quod legata potius sint restringenda, quam extendenda *l.* 29. §. 1. *et l.* 75. *ff. de legat.* 3. Mantic. *de*
11 *conject. ult. volunt. lib.* 7. *tit.* 1. *num.* 3. Imo et, cum in legatis regulariter sit inspiciendum tempus conditi testamenti; quod enim tunc testator voluit, semper voluisse censetur, *l. si ita legatum* 7. *ff. de*
12 *aur. et arg. leg.* sane in praesenti casu hoc eo magis considerandum erit, cum testator non generaliter, sed restrictive illos fructus legaverit, qui tunc temporis in praediis suis existunt, ita ut hoc neque ad frumentum jam satum, utpote quod, cum tempore conditi testamenti jamdum desiit, pro re adhuc existente haberi nequit, 1. *Corinth.* 15. *v.* 36. neque ad fructus adhuc acquirendos seu speratos extendi posse,
13 in aprico est; unde si testator filio studenti legaverit libros, quos tunc habebat, et postea alios comparaverit, non videtur hos legasse. Bald. *vol.* 2. *cons.*
14 284 *n.* 1. Mantic. *d. tr. l.* 3. *tit.* 11. *n.* 2. Accedit, quod ejusmodi fructus pendentes pro parte fundi, et ita pro rebus immobilibus habeantur. *l.* 44. *ff. de rei*
15 *vindic.* Alciat. *lib.* 9. *cons* 182. Et cum testator adhuc ante perceptionem illorum fructuum diem supremum obierit, illi certe fructus, de quibus quaestio mota, nec tempore mortis testatoris, nec conditi testamenti pro existentibus haberi peterunt, Mant. *d. l.* *tit.* 11. *n.* 25. unde in specie collatis dissentientium 16
doctorum opinionibus ita concludit idem *lib.* 9. *tit.* 3. *num.* 6. *in med.* si fructus post testamentum quidem sed, vivo adhuc testatore colligantur, tunc pertinere ad legatarium, alias non; neque ad rem facit supe 17
rius adducta dispositio juris saxonici, cum duae diversissimae quaestiones sint, quid haeredi allodiali ex dispositione juris seu statuti competat, et quid legatario exprovisione testatoris debeatur, ubi semper verba testatoris inspicienda, utpote quae legem faciunt. *nov.* 1. *proem.*

Hinc concludo, haeredem neque frumentum seminale 18
neque exinde percipiendos fructus, Cajae legatariae solvere teneri.

CASUS VI.

Testamentum vitiosé conceptum cum falsis facti expressionibus non confirmatur insinuatione judiciali subsecuta.

SUMMARIA

Facti species. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *et seqq.*
Rationes decidendi. n. 8. *seqq.*
Conclusio. n. 23.

Decedit Titia, conditio antea testamento, quo praeteritis defuncti fratris sui liberis, maritum suum ex 1
asse haeredem instituerat, quod testamentum etiam per notarium confecere curaverat, ita tamen, ut non in ea die, loco ac hora, uti notarius scripserat, perficeretur, sed testatrix ipsa in pleno senatus oppidani consessu ultimam voluntatem suam in curia insinuaverat: unde 2
quaeritur: an haec dispositio tamquam testamentum de jure validum consistere possit?

Equidem unicuique testatori liberum est, an in scrip- 3
tis, an vero nuncupative testari velit, cum uterque modus in jure fundatus sit, §. *fin. instit. de testam.* Const. Maximil. *de anno* 1512. *tit. Von Testamenten in principio.* Deinde etiam nemo formam testandi sibi semel 4
electam adeo stricte sequi necessum habet, ut ab ea non iterum recedere possit, ac aliam sibi eligere, cum nemo sibi legem dicere possit, a qua recedere non valeat. *l. si quis.* 22. *in princ. ff. de leg.* 3. siquidem quili- 5
bet testator testamentum suum nuncupativum, licet jam perfectum sit, iterum mutare, ac aliud in scriptis condere potest, dum satis noti juris est, quod voluntas hominis sit ambulatoria usque ad mortem *l.* 4. *ff. de adimend. legat.* Id quod etiam obtinet, etiamsi 6
clausula derogatoria priori testamento adnexa fuerit, quod nimirum nulla alia ratione testari velit, cum nemo censeatur illam viam elegisse, per quam judicia ejus subverti possint, *l.* 3. *ff. de testam. milit.* licet testator ad 7
praecipiendam omnem de testamento suo controvertendi ansam securius faciat, si ipsam quoque clausulam derogatoriam in testamento secundo revocet. dn. Praeses *tr. de cautel. testam. c.* 24. §. 53. *et seqq.*

Ast probe hic distinguendi sunt casus, et separandum 8
id, quod testatori diverso tempore, aut in distinctis actibus seu diversis instrumentis licitum est, ubi sane ipsius libero arbitrio relictum, an diversam testandi formam eligere, aut etiam testamentum scriptum in nuncupativum permutare velit, secundum jura superius adducta; hoc in-

quam non confundendum cum eo, quod testatori in uno
9 eodemque actu perficere licitum est; ubi certe decantatissimi juris, quod unus idemque actus duplici jure censeri: aut diversitas circa eamdem rem induci non debeat;
10 Card. Tusch. *pract. concl. lit. d. concl.* 518. et quod unusquisque viam, quam semel elegit, semper ambulare debeat *l.* 21. §. *final. ff. quod met. caus.* Scaccia de *appel-*
11 *lat. c.* 17. *limit.* 9. *n.* 45. ut hinc eamdem quoque viam ambulasse praesumendus sit testat r, cum mutatio voluntatis non praesumatur, *l. qui voluntatem.* 22. *ff. de*
12 *probat. cap. quod semel.* 21. *de r. j. in* 6*to.* Cum autem ex testamento Titiae facili negotio cognoscatur quod coram notario et testibus ultimam voluntatem suam confi-
13 cere voluerit, sicuti hoc non solum ex ingressu, sed etiam ex conclusione testamenti satis apparet, et vero pro omni instrumento tali praesumptio veritatis et solemnitatis tamdiu militet, donec contrarium probetur.
14 *l. optimam* 14. *c. de contr. stip.* Quae praesumptio, cum hoc in casu per unanimem in scriptis relatam depositionem testium in testamento adhibitorum, satis elisa sit, qui scilicet omnes uno ore fatentur, quod requisita testamenti nuncupativi non adhibita fuerint, dum nullus ex iis eo loco, et tempore adfuit, uti quidem notarius in instrumento suo posuerat, multominus talia verba, quibus notarius usus fuerat, ex ore
15 testatricis audiverit; quare praesens testamentum, cum non ea ratione, uti notarius id in scripturam redegit, confectum sit, manifestam falsitatem in se continet; ut ita hic notissima illa juris regula locum habeat, quod instrumentum ex parte falsum in totum censeatur falsum, Menoch. *de praes. lib.* 5. *praes.* 21. *n.* 3
16 Trentacinq. *lib.* 2. *de fid. instr. resol.* 11. *n.* 3. Neque huic contrariatur, quod die insequenti Titia testatrix hoc a notario confectum testamentum in ipsa curia senatui obtulerit; per quam insinuationem de novo valorem nancisci videtur, inprimis cum adhuc clausula codicillari munitum sit, utpote quae alias defectum solemnium in testamentis supplet; dn. Hop-
17 pe *in comment. ad inst. lib.* 2. *tit.* 25. Nam cum partes principales hujus testamenti manifesta laborent falsitate; dum nimirum falsum, quod testes a testatrice rogati fuerint, ut ad audiendam ultimam voluntatem suam in arce superiori convenirent; porro falsum, quod ibi ultimum ejus elogium ab ea cognoverint, denique etiam veritate destituatur, quod testes id eo tempore subsignaverint, ac unico contextu subscripserint, neutiquam ex tali instrumento falso testamentum oriri, seu clausulae codicillari ef-
18 fectus tribui poterit, sicut et nullitas exinde suborta per subsecutam insinuationem minime purgata fuit, cum ejusmodi insinuatio nihil amplius, quam defectum solemnium externorum supplent; acta enim judicis fidem faciunt sine omni teste *l.* 196. *de te-*
19 *stam. et ibi dd.* Non vero tanta efficacia gaudent, ut instrumento per se falso et vitioso per eam novus
20 vigor ac subsistentia superinducatur, cum nec confirmatio principis actui nullam auctoritatem tribuat, aut novum aliquod jus indulgeat, sed actum in illo statu, quo est, tantum approbet, *arg. cap.* 1. *x. de confirm. util. et ibi* Barbosa. Schrader. *de feud. p.* 5. *c.* 2. *n.* 32. Carvalho *tr. de quartis ad cap. Raynutius p.* 2. *n.* 371. Quapropter, si Titia de novo a-
21 liud testamentum de jure validum judicialiter condere voluisset, opus certe fuisset, ut remoto hoc instrumento notariali falso, aut aliud quoddam testamentum scriptum obtulisset, aut etiam ultimam suam voluntatem nuncupative declarasset; nam referens se 22
ad instrumentum falsum, retulisse se ad hoc censetur cum omnibus suis vitiis, relatum enim est in referente cum omnibus qualitatibus, *l. asse toto* 77. *ff. de haered. instit.* Tiraquell. *de ll. connubial. gloss.* 7. *n.* 183. *et seqq.*

Hinc concludo, quod praesens testamentum neutiquam pro juri conformi haberi possit, sed potius pro 23
nullo declarandum sit.

CASUS VII.

An immissio decernenda ex testamento visibili vitio destituto, cui tamen testes contradicunt?

SUMMARIA

Quaestio. n. 1.
Rationes dubitandi. n. 2.
Rationes decidendi. n. 6. *et seqq.*
Conclusio. n. 8.

In superiori casu graviter disputatum fuit, an cum 1
praesens testamentum nullo visibili vitio laboret, marito haeredi instituto competat remedium *ex l fin. c. de edict. div. Hadr. tollend.*

Equidem omnino videtur hoc testamentum nullo 2
visibili vitio laborare, cum non solum subscriptio a testatrice ac ejus curatore facta sit, sed et septem testium nomina una cum sigillis eorum adsint; quibus solemnibus in oculos incurrentibus admittitur immissio *ex l. fin. c. d. e. d. h. t.*

Quoniam autem iidem testes, quorum subscriptio- 3
nes in testamento adhibitae, ad unum omnes propria manu, sigillis munita, deposuere, quod eo tempore in illo loco non fuerint, quo, secundum literam testamenti subscriptio facta esse debet, sed potius id 4
asseruere, quod die sequente in curia id subscripserint; sane ex collatione hujus testamenti cum attestato testium non potest non, quin vitium visibile enascatur; nimirum id, quod quoad solemnia in testamento continetur, falsum esse. Quando vero ex 5
testamento apparet, formam in jure praescriptam non fuisse observatam, tunc censetur adesse vitium visibile, Richter. *ad l. ult. c. de ed. div. Had. toll. requis.* 4. *n.* 3. *p.* 178. imo etiamsi vitium non direc- 6
to in oculos incurrat, si tamen hoc in continenti doceri possit, reputatur hoc pro visibili, ut impediatur immissio in possessionem ex beneficio *d. l. ultimae.* Menoch. *remed.* 4. *adipiscend. possess. num.* 730. *et* 751. Sichard. *ad d. l. ult. num.* 17. *c. de edict. div. Had. toll.* Hartman. Pistor. *p.* 4. *qu.* 10. *num.* 14. *et seqq.* Richter. *d. req.* 4. *verb. ex eadem fere ratione pag.* 185. Quae probatio hoc in 7
casu per depositionem testium in testamento adhibitorum facta est. Imo ex hoc ad minimum nascitur justa contradicendi causa, quae hoc efficit, ut cesset immissio, et causa ordinarie ventilanda sit. Caesar Angel. de Paltron. *tr. de acquir. possess. qu.* 6. *art.* 8. *n.* 7. *et in tr. de legitim. contradictor. quaest.* 1. *art.* 2. *n.* 16.

Hinc concludo, quod immissio in bona defunctae 8
ex remedio *l. ult. c. de edict. div. Hadrian. toll.* locum non habeat.

CASUS VIII.

De contractu locationis cum libellatico non confundendo, et de oneribus posteriori casu non detrahendis.

SUMMARIA

Facti species. n. 1. *seq.*
Quaestio. n. 3.
Rationes dubitandi n. 4.
Rationes decidendi. n. 5. *seqq.*
De oneribus. n. 14. *seqq.*
Conclusio. n. 19.

1 Anno 1660. inter coenobium aliquod ac Titium de certo quodam praedio ad coenobium pertinente sequenti modo contractum fuit: ut nimirum Titius per 30. annos illud coleret, ac omnes fructus ex illo perciperet, e contrario vero, ultra honorarium ab initio contractus solutum, quotannis certos frumenti modios solveret, praeterlapsis vero his triginta annis, praedium istud, deductis expensis, coenobio restitueret; 2 cum vero Titius neque annuam praestationem solveret, nec etiam praedium coenobio restitueret, sed potius illud jure coloniae perpetuae retinere, ac omnes solutas contributiones ab annuo censu detrahere intenderet, quaerebatur: annon hic contractus potius 3 pro contractu locationis conductionis, quam pro libellatico habendus sit, et annon posteriori casu conductori Titio jus detrahendi contributiones ac hospitationes militum ab annuo censu competat?

4 Equidem hic revera contractus locationis subesse videtur, cum non solum ipsius locationis, ac annui locarii in eo mentio facta, sed etiam ipsum tempus, quo contractus hic finitus esse debeat, expressum sit; talis vero unusquisque contractus reputandus sit, qualem ipsi contrahentes eumdem nominarunt. Tiraquell. *de retract. convent. ad fin. tit. gl.* 2. §. 6. *num.* 127.

5 Attamen, cum quomodo paciscentes verbum locationis intelligant, ex ipsa litera contractus dilucide appareat, cum nimirum interpretatio statim adjecta 6 videatur, scil. *Pachts oder Meyerweise;* insuper etiam verba in concessione feudorum usitata ibi reperiantur, quod abbas et prior coenobii domini directi hujus praedii, *Rechte bekennende Herren, und Gewehrer*, esse velint, qualis reservatio dominii directi in contractu locationis conductionis nunquam usitata fuit, 7 nec commode applicari poterit; sed ex eo melius in contractum libellarium quadret, utpote in quo dominium directum penes concedentem remanet, dominium vero utile in possessorem transfertur Franzk. *de laudem c.* 11. *n.* 10. Inprimis cum bona colonaria pro 8 certo pretio certaque pensione annua concedantur, adjecta conditione, ut certo tempore iterum renovetur contractus, id quod revera contractus libellarii indolem sapit, *nov.* 7. *pr. l.* 24. §. 1. *c. de ss. eccles.* Ex 9 quo tamen neutiquam sequitur, quod possessor finito tempore e feudo ejici possit, quando paratus est, ad praestanda ea, ad quae obligatur; Schepliz. *prompt.* 10 *jur. feud. et civil. tit.* 11. *n* 1. Fundi enim vectigales, si debitae quantitates inferantur, invito possessori auferri non debent *l.* 1. *c. de adm. rer. publ. l.* 2. *c.* 11 *de locat. praed. civi.* Id quod in praesenti casu eo magis sibi locum vindicat, cum majores seu antecessores Titii jam per longum tempus praedium illud pro uniformi canone possederint, unde iterum jus coloniae perpetuae oritur, Cothmann. *vol.* 2. *resol.* 79. *n.* 40. Hahn. *de jure coloniar. th.* 27. Quam ob rem ad im- 12 pediendam introductionem hujus juris colonarii perpetui opus fuisset, ut hae praestationes quotannis augerentur aut diminuerentur, et ita uniformitas canonis evitetur, Carpz. *jurispr. eccles. lib.* 2. *def.* 306. *n.* 6. *seqq.* Ut taceam in illa provincia, et in aliis bonis 13 colonariis receptum esse, ut contractus colonarii ad certos annos ineantur, jam autem ex more regionis aestimari solent contractus: *l. si fundus.* 6. *ff. de evict.* Sicut et alias in causa dubia ad jura vicinae recurri solet. vid. *l.* 50. *in fin. ff. de legat.* 1. Card. Mantic. *de conject. ult. vol. l.* 3. *tit.* 8. *n.* 7. Cum ita- 14 que ex dictis appareat, hic non subesse contractum locationis, sed potius speciem contractus libellarii, haud difficile dijudicatu erit, quid de oneribus detrahendis judicandum sit; si enim praesens contractus ad locationem conductionem referendus esset, neutiquam possessor obligaretur ad solutionem tributorum, ac aliorum onerum, qualia onera ad ipsum locatorem pertinent; Carpz. *p.* 2. *c.* 37. *d.* 15. Klock. *de contribut. c.* 11. *n.* 169. Labor. *de metat. c.* 6. *th.* 17. *et* 19. Cui 15 non obstat, quod hic locatio ad longum tempus adsit; nam hic magis ad pensionem ipsam, quam pro fructibus praestat, respiciendum est, quam ad ipsum tempus, cum tempus non sit modus ipsam obligationem mutandi, aut contractum locationis alterandi *l.* 39. *ff. locat.* Jam autem de contractu colonario seu 16 emphyteutico notum est, quod possessor obligetur ad omnia onera, tam ordinaria, quam extraordinaria, *l.* 2. *c. de jure emphyt.* Carpz. *p.* 2. *c.* 38. *def.* 18. adeo, 17 ut etiam emphyteuta ecclesiae ad collectas obligetur; Klock. *de contribut. c.* 11. *n.* 189. id quod et in ho- 18 spitationibus militum locum habet, Just. Hahn. *tr. de jure colon. th.* 143.

Hinc concludo, quod contractus hic pro libellario 19 reputandus sit, ac omnino solutio onerum ad Titium sine ulla detractione pertineat.

CASUS IX.

De probatione juris statutarii vel consuetudinarii.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 5. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 8. *et seqq.*
Conclusio. n. 17.

Mevius civis stetinensis moritur, relinquens defun- 1 cti patris sui fratrem Titium, et ejus sororis liberos, quos Titius a successione defuncti Mevii excludere conatur; hinc quaeritur: an defuncti Mevii patris soro- 2 ris liberi una cum Titio patruo suo jure repraesentationis succedere possint; ubi tamen supponitur, quod 3 neque secundum jus saxonicum, ubi in linea collaterali penitus cessat jus repraesentationis, Carpz. *p.* 3: *const.* 18. *d.* 1. neque secundum jus civile, ubi ultra fratres fratrumque liberos repraesentationi locus non est, *auth. post fratres fratrumque liberos c. de leg. haered.* ad hanc successionem pervenire possint; sed 4

potius cardo controversiae in eo consistit, an ejusmodi observatio stetinensis, per ea, quae mox adducentur, satis probata fuerit:

5 Licet autem praejudicia probationis ergo adducta, tunc demum auctoritatem habeant, si perpetuo simi-
6 liter judicatum sit, *l.* 38. *ff. de ll.* In hoc autem casu contraria praejudicia adducta sint, quod in iisdem fere terminis contra jus repraesentationis sententionatum
7 fuerit. Quae contraria praejudicia cum juri communi consentanea sint, majorem praesumptionem veritatis pro se habent, quam aliae, quae contra jus commune lata, cum illa manifesta nullitate laborent, *l.* 2. *c. quand. provoc. non est nec.*

8 Quoniam autem satis decantati juris est, quod ubi observantia contraria inducta, jus commune amplius non attendatur, sed judex observantiam et stylum curiae sequi debet, nisi nullitatem velit committere, Franciscus Vivus *dec.* 401. *n.* 49. *et seqq.* Pruckmann.
9 *vol.* 1. *cons.* 10. *n.* 7. Haec autem observantia stetinensis per varia adducta attestata et praejudicia, ubi pro jure repraesentationis ab eodem judicio in iisdem
10 terminis pronunciatum fuit, satis probata est; jam vero, cum quo pacto probatur consuetudo, eodem quoque modo probatur observantia et stylus curiae, Petrus Rebuff. *de consuet. art.* 2. *gloss.* 13. *n.* 54. Card.
11 Tusch. *pract. concl lit.* 5. *concl.* 692. *n.* 10. consuetudo autem probatur, si contradicto aliquando judicio
12 confirmata sit. *l. cum de consuetudine* 34. *de ll.* etiam observantia praesens per sententias in contradictorio
13 judicio latas probabitur. Hinc in genere concludunt doctores; per sententiam probari consuetudinem, Mascard. *de probat. concl.* 417. *n.* 1. Rebuff. *de consuet.*
14 *art.* 2. *gloss.* 3. *n.* 34. Quae conclusio hic inprimis locum habet, cum productae sententiae protocollo judicii stetinensis inscriptae sint, et ita fide publica munitae, cum acta publica pariter ac res judicata notorietatem inducant. *l.* 10. §. *emptorem.* 12. *ff. de act. empt.* Menoch. *remed. recup. possession.* 1. *n.* 233.
15 Wesenbec. *lib.* 1. *cons.* 6. *n.* 63. Quibus accedit attestatum scabinorum stetinensium, qui de ejusmodi observantia latius fidem suam interposuerunt; jam vero illis, qui quotidie in foro versantur, de observantia et stylo curiae deponentibus credendum. Matth. de Afflict. *d.* 78. *n.* 6. Flam. Paris. *de re signat. benef. l.*
16 3. *q.* 6. *n.* 30. Prukm. *vol.* 2. *cons.* 9. *n.* 98. Neque alicujus momenti sunt praejudicia contraria in rat. dubit. adducta, cum illa non in causis civium stetinensium lata sint; id vero praecise probandum, in hoc judicio ita pronunciatum fuisse. Farinac. *tom.* 3. *def.* 486. *n.* 7.

17 Hinc concludo, observantiam stetinensem satis ab undeque per ea quae in rat. decidendi adducta, probatam esse, et ita defuncti patris sororis liberos neutiquam a successione excludendos esse.

CASUS X.

De transactione matris et liberorum super testamento paterno, quatenus impediat petitionem legitimae.

SUMMARIA

Facti species. n. 1. *seqq.*
Rationes dubitandi. n. 7. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 13. *seqq.*
Conclusio. n. 20.

Nobilis quidam Julius decessit condito testamento, 1
relicto ex filio prioris matrimonii nepote Augusto, et ex posteriori matrimonio filio Henrico, tribusque filiabus, quos omnes hac ratione haeredes scripserat, ut ex quinque feudis equestribus optimum cederet nepoti prioris matrimonii, quatuor autem caetera filio Henrico obvenirent, filiarum vero cuivis 15000. floreni solverentur. Viduam quod attinet, huic libertatem re- 2
liquit, an velit acquiescere lucro in pactis dotalibus assignato, an vero unum ex praediis Henrici, cui Salgesto nomen erit, cum usuris alicujus sortis 6000. flo- 3
renorum ad dies vitae frui velit; cum hac extensione, ut si forte Henricus sine haerede masculo decessisset, et ita quatuor illa feuda ipsi assignata nepoti Augusto obvenerint, vidua non tantum lucrum ex pactis dotalibus capere, sed insuper praeter usum fructum feudi Salgesto eumdem etiam ex feudo tusculano ad
dies vitae retinere debeat; mortuo patre Julio, vidua 4
cum liberis transigendo, dispositionem paternam in omnibus punctis agnoverunt, et omni laesioni etiam ultra dimidium, ut et quoad legitimam renunciarunt; cum vero postmodum decederet Henricus, et vidua 5
usumfructum bonorum vi dispositionis paternae occuparet, illa insuper ex bonis filii Henrici allodialibus legitimam praetendebat, hinc controvertebatur:
an praeter amplissimum illum usumfructum adhuc le- 6
gitimam de jure praetendere possit.

Equidem parentibus jure novo jus petendi legitimam 7
ex haereditate liberorum non minus competit, quam liberis ex haereditate parentum per *nov.* 115. *cap.* 4. adeo, ut patri liberum non sit, sua dispositione spei, 8
quam mater de legitima liberorum conceptam habet, ullo modo praejudicium inferendi, excepto unico casu substitutionis pupillaris *l. Papinianus.* 8. §. *sed nec impuberis* 5. *ff. de inoff. testam.* Peregrinus *de fideicommiss. tit.* 8. *n.* 25. licet de praxi saxonica contra- 9
rium verius sit. Carpzov. *p.* 3. *c.* 8. *d.* 3. Berlich. *p.* 3. *c.* 10. *n.* 25. Qualis substitutio et hic nequidem 10
adest, multo minus autem clausula codicillaris aliquid efficit, utpote quae saltim substitutionem directam in fideicommissariam permutare potest; neutiquam vero jus legitimam petendi adimit, sed potius illam una cum trebellianica exigendi jus reservat. *arg. cap. Rainutius et Rainaldus x. de testam.* Nec etiam sufficit, 11
quod porro viduae loco legitimae ususfructus certorum praediorum relictus sit, cum inprimis exinde novum gravamen contra jura resultet; *l. quoniam.* 31. *c. de inoff. testam.* Ut taceam, hic nequidem titulum in- 12
stitutionis adesse, qui tamen quoad legitimam, et in testamento parentis inter liberos praecise necessitatis est. Mevius *p.* 3. *decis.* 14. Carpz. *p.* 3. *c.* 4. *d.* 21.

Verum enim vero cardo controversiae hic non ver- 13
titur, an testator uxori suae jus succedendi in legitimas liberorum moriturientium adimere, aut gravare potuerit, sed de eo quaestio est, an, cum testator illud fecerit, ac in casum filii morituri, usumfructum duorum divitum praediorum loco ejus, quod matri alias ex haereditate filii competiisset, legaverit, vidua etiam approbata hac dispositione defuncti mariti, non solum legitimae expresse per transactionem renunciaverit, sed etiam cum filius moreretur, duo illa praedia, quae ipsi in hunc casum legata fuerant, occupaverit, ac ita ipso facto dispositionem mariti sui ap-

probaverit, an scil. jam vidua proprium factum suum impugnare, ac legitimam petere possit? ubi sane, rebus sic stantibus omnino juris erit, quod legitimae sibi debitae aliquis renunciare possit, Gallerat. *de renunciat. tom.* 2 *centur.* 1. *renunc.* 47. *n.* 5. et quod agnoscens onus in legitima, et commodum ejus nomine relictum acceptans, postea actionem ad tollendum gravamen, seu ad legitimam simpliciter petendam non habeat, Fusarius *de substit. quaest.* 296. *n.* 58. *et seqq.* Surdus *dec.* 21. *n.* 20. *et tr. de aliment. tit.* 2. *quaest.* 15. *n.* 179. Nec enim gravatus quis dici poterit in legitima, qui electionem habebat, an velit legitimam petere, an vero hoc, quod sibi in compensationem legitimae relictum, acceptare. Menoch. *cons.* 1141 *n.* 5. Cancer. *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 3. *de legitima n.* 37. Approbatio ergo, et acceptatio illius, quod loco legitimae relictum, excludit aliquem a legitima, Mantic. *de conject. ult. vol. lib.* 7. *tit.* 8. *n.* 11. Merlinus *de legit. lib.* 3. *tit.* 2. *quaest.* 9. Barbos. *in comment. ad l.* 32. *c. de inoff. test. n.* 23. Quae omnia hic eo magis considerandа, cum transigendo hic expresse legitimae renunciatum sit, licet et alii approbationem tacitam et acceptationem relicti sufficere putent. Fusarius *d. quaest.* 296. *n.* 63. *et* 70. Barbos. *d. l.* 32. *n.* 28. Gallerat. *de renunciat. cent.* 1. *renunciat.* 47. *n.* 21. ad jura vero renunciata regressus dari nequit. *l.* 14. §. 9. *de aedilit. edict.* Tiraquellus *de jure primogen. quaest.* 86. *n.* 1. praesertim cum hic geminata confirmatio dispositionis paternae concurrat, quae enixum involvit propositum, et omnem laesionis suspicionem tollit *l. Balista* 32 *ad sc. Trebell.* Mar. Anton. *variar. resolut. l.* 1. *resol.* 3. *n.* 7.

Ex quibus apparet, matrem concurrentibus hujusmodi circumstantiis cum usufructu legato et acceptato contentam esse debere, nec legitimam ex haereditate filii petere posse.

CASUS XI.

De pecunia, quam testator filiabus suis numerare jusserat loco haereditatis allodialis, an a successore feudali deficiente allodio solvenda sit?

SUMMARIA

Facti species. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 7. *seqq.*
Conclusio. n. 19.

1 Nobilis quidam pomeranus, Titius, e vivis decedens relinquit ex priori matrimonio filium, et filiam nomine Margaretham, ex posteriori vero duos filios et unam filiam, facta dispositione, ut filiae natu minores sequiparārentur majoribus, ita ut 5000. *Thr.* loco dotis acciperent, alia vero quinque millia thalerorum, tamquam bona paterna, materna; atque evita ex massa
2 haereditatis ipsis solverentur. Accidit, ut filia prioris matrimonii innupta moreretur; unde resultat dubium, an in dispositione paterna relicta summa 5000. thalerorum haereditatis nomine ex feudo solvenda sit?

3 Equidem dispositio paterna hoc in casu sole meridiano clarior, ac filii tam arctis juris vinculis obstricti tenentur, ad adimplendam voluntatem defuncti patris, ut nihil contra hoc regeri posse videatur. Quod 4
in feudis inprimis adeo verum est, ut non possit re- 5
pudiato allodio feudum acceptare, sed acceptato feudo, etiam ad onera allodii obligetur, 2 *feud.* 45. *in fin.* Dn. Praeses *exam. juris feud. cap.* 4. *quaest.* 50. In- 6
super etiam id, quod liberis prioris matrimonii ex bonis maternis debetur, nullo modo dubium reddi possit, adeo ut et adjecta dilatio in casum futuri matrimonii, neque ad bona materna, utpote quae ipsis pleno jure competunt, neque ad legitimam ex bonis patris debitam, utpote quae sine omni onere et dilatione relinquenda, *l. quoniam* 32. *c. de inoff. testam.* extendi posse videatur.

Quoniam autem hoc in casu mater ante obitum pa- 7
tris mortua, et ita dimidia bonorum ex statuto marchico in patrem devoluta, ac ejus propria facta fuit; 8
altera etiam dimidia per dotationem sororum elocatarum penitus consumpta, ut id, quod ex bonis maternis forte praetenderetur, potius a defunctae Margarethae sororibus in matrimonio viventibus exigendum sit, utpote quae ad onus collationis dotis, reliquorumque acceptorum tenentur, *tot. tit. ff. de dot. collat.* E 9
bonis vero paternis nihil, exceptis bonis allodialibus, filiabus debeatur, a quibus tamen antea omnes aes alienum detrahendum, cum bona non intelligantur nisi deducto aere alieno. *l.* 39. *ff. de v. s.* Ad quod deluc- 10
cendum inprimis bona allodialia excutienda sunt, cum aes alienum tunc demum ex feudo solvendum sit in subsidium, si bona allodialia plane deficiant, Schrader. *de feud. part.* 7. *c.* 7. *n.* 42. Berlich. *p.* 2. *concl.* 55. *n.* 46. Quibus adhuc accedit, quod in potestate 11
patris non sit, conditionem feudi per nimiam filiarum dotem deteriorem reddere, ac filios quasi incapaces efficere ad praestanda servitia feudalia; et licet 12
in casum deficientis allodii filiabus ex moribus jus aliquod competat, dotem ex bonis feudalibus petendi, Mevius *p.* 3. *d.* 367. *n.* 2. Struv. *de feud. c.* 14. *th.* 17. nentiquam tamen ejus determinatio vassallo patri 13
relinquenda, sed potius ipsi feudi domino committenda, utpote cujus interest, ne nimia dote constituta diminuatur feudum. Struv. *d. th.* 17. *n.* 3. Nam ne 14
quidem praetendere potest filia, ut dos pro quantitate legitimae constituatur. Molina. *de hispan. primogen. l.* 2. *c.* 15. *n.* 37. *seqq.* Mevius *p.* 3. *dec.* 361. Ul- 15
timo etiam consequentia nulla est, a dote ex feudo solvenda, ad solvendam partem haereditatis ex feudo, cum dos filiabus nobilium saltim hoc fine concedatur, ne maneant innuptae, sed maritum pro conditione sua 16
inveniant, id quod, si innupta decesserit, cessat. Bona autem haereditaria paterna solummodo allodium concernant, quo deficiente, deficit portio haereditaria, cum feudum ad haereditatem non pertineat, hinc etiam sub generali fideicommisso de restituenda hae 17
reditate non venit; Knipsch. *de fideicom. famil. nobil. c.* 5. *n.* 110. Rosenthal. *de feud. c.* 7. *concl.* 11. *n.* 2. Quare nec legitima ex feudo ordinarie debetur: 18
Hartm. Pistor. *l.* 2. *qu.* 38. *n.* 15. *seqq.* Vultej. *de feud. lib.* 1. *c.* 9. *n.* 116. Bocer. *de jure succed. in feud. c. ult. qu.* 4. *in fin.*

Hinc firmiter concludo, quod, cum Margaretha in- 19
nupta diem supremum obierit, neque dos, propter cessans matrimonium, neque petitio partis haereditariae ratione matris, utpote cujus bona jamdum per dotem sororum consumpta, neque portio haereditatis

paternae, quae nulla fuit, dum allodium aere alieno consumptum, rebus sic stantibus, ex feudo praetendi possit.

CASUS XII.

De foro actionis injuriarum ex capite diffamationis contra statum imperii movendae.

SUMMARIA

Facti species. n. 1.
Rationes dubitandi. n. 2.
Rationes decidendi. n. 3. *seqq.*
Decisio. n. 14.

1 Praefectus quidam abbatiae principalis ab abbatissa illius loci gravissima affectus erat injuria, ex qua periculum famae apud principalem suum, magnum imperii principem, contraxerat: ipse vero, cum famae reparationem judicialiter persequi vellet, actione injuriarum ad palinodiam instituta, dubitare incipiebat, in quo foro hanc actionem secure instituere, aut quo remedio famae suae quam commodissime consulere posset?

2 Equidem actio ad palinodiam communi dd. suffragio pro criminali habetur, in crimualibus vero camera fundatam jurisdictionem non habet: Gailius *lib.* 1. *obs.* 1. *n.* 27.

3 Quoniam autem hoc saltem de iis criminibus intelligendum, in quibus ad poenam corpori infligendam agitur, actio vero ad palinodiam saltim ad reparationem famae et honoris tendat, ut ita ex communi cameralistarum sententia institui possit. Gail. *lib.* 1. *obs.* 65. Mynsing. *cent.* 2. *obs.* 78. Blum. *proc.*
4 *cameral. tit.* 43. *n.* 7. Id quod per praejudicium camerae adprobat Deckher *rerum in camer. judic.* In-
5 primis, cum serenissima abbatissa tamquam persona
6 immediata forum suum in camera habeat; hinc puto praefectum istum utique illam coram camera imperii actione injuriarum ad palinodiam convenire posse; et
7 quoniam judicium aulicum et camera concurrentem jurisdictionem habent, Schweder. *de jurispr. publ. c.* 12. §. 7. Ipsius libero relictum est arbitrio, quodnam
8 forum eligere velit. Sed cum tali casu timendum sit, ne domina abbatissa exceptionem primae instantiae, seu fori austregarum opponat, secundum opinionem Limnaei *de jure publ. lib.* 9. *cap.* 5. *n.* 63. utpote qui in ea versatur sententia, quod etiam princeps delinquens coram austregis sit conveniendus, licet contrarium verius videatur, per tradita Reinkingii. *de regim. secul. et eccles. lib.* 2. *class.* 2. *c.* 16. *n.* 24.
9 et ita variis altercationibus processum retardantibus
10 ansa praebeatur: quapropter cum satis notum sit, quod ob injurias illatas etiam agi possit ex practica *l. dif-*
11 *famari* Carpz. *proc. tit.* 20. *art.* 2. *n.* 26. ita ut diffamans ad judicem ordinarium diffamati ad docendam veritatem diffamationis citetur, et si non compareat, perpetuum silentium ipsi imponatur, Blum. *in proc.*
12 *cameral. tit.* 36. *n.* 3. non attenta distinctione an persona diffamans sit immediata vel non, Gailius *l.*
13 1. *o.* 9. *n.* 2. *et seqq.* adeo ut contra practicam *l. diffamari* jus de non evocando cum effectu opponi non possit. Carpz. *proc. tit.* 20. *art.* 2. *n.* 7. *et seqq.*

14 Hinc existimatum est, praefectum illum consultius facturum, si propter atrocem illam injuriam, adversariam suam serenissimam coram regimine sui principalis ex capite diffamationis conveniret, ad quod citata, vel comparere, et diffamationem suam probare, aut perpetuam silentii impositionem exspectare necessum habeat.

CASUS XIII.

De transactione super testamento non inspectis codicillis.

SUMMARIA

Facti species. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 4.
Rationes dubitandi, quoad legati revocationem. n. 5. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 8. *seqq.*
De exceptione non inspecti codicilli. n. 11. *seqq.*
De exceptione doli subsidiaria. n. 19. *seqq.*

Gerhardus testamentum condidit, in quo uxorem 1
suam haeredem universalem scripsit, post mortem ejus, cum vidua nomina activa mariti, quae in civitate lubecensi habebat, sibi vindicare voluit, ipsi contradixit agnatus quidam, nomine Franciscus, testamentum ex hoc capite impugnans, quod de bonis haereditariis jure lubecensi nullum subsistat testamentum; causa hac ad judicium imperatoris aulicum de- 2
voluta, tandem per transactionem anno 1685. sequenti modo composita; ut vidua integram haereditatem, certa pecuniae summa agnato exsoluta, cum onere et commodo retineret; hoc facto Franciscus novam a- 3
ctionem contra Titiam viduam instituit ex capite legati 2000. thlr. sibi in codicillis relicti. Quaerebatur ita- 4
que, quibus exceptionibus se tueri posset vidua, et quis causae exitus ipsi exspectandus?

Quod itaque institutam actionem ratione legati atti- 5
net, puto quod (1) exceptio revocati legati per subsequens testamentum actori opponi possit; licet enim 6
codicillus antecedens testamentum, per subsequens testamentum non mutetur §. *Non tantum* 1. *j. de c-dic.* Opus tamen est, ut in testamento aliquod indicium exstet pro codicillorum confirmatione, *l. ante tabulas* 5. *ff. de jure codicill.* Duarenus *l.* 2. *disp. annivers. c. ult.* Reusner. *de codic. c.* 12. *n.* 11. Quod tunc praecipue necessarium, si in codicillo prae- 7
cedente per modum legati directo quid relictum, ubi clariori confirmatione opus est. Reusner. *d. loc. n.* 12.

Verum accuratius inspecto hoc testamento satis ap- 8
paret, testatorem uxorem suam hisce formalibus instituisse, ut illa haeres omnium bonorum, nominum, annuorum reddituum, decimarum, paucis, omnium bonorum nullis exceptis esse debeat, et quidem privative, cum exclusione omnium, *Mit ausschliessung Jedermaennigl.* Ex quibus verbis haud difficile dijudicatu 9
est, codicillum antecedentem minime confirmatum, sed potius legatum in eo relictum revocatum esse. Cum 10
enim illa titulo generali haeres omnium bonorum, reddituum ac decimarum, privative, cum expressa exclusione cujuscumque alterius instituta sit, hinc sponte fluit, hac disputatione codicillo derogatum esse, ac neminem contra tenorem testamenti aliquid praetendere posse, quapropter exceptio ex testamento, sive revocati codicilli per testamentum, hic utique sibi locum vindicat.

11 Et si forte antea dictus codicillus adhuc pro valido declararetur, tunc 2. opponi poterit exceptio factae transactionis non inspectis tabulis testamenti, siquidem haec exceptio ad impugnandam transactionem generaliter adhiberi potest, *l. de his controversiis* 6. *ff. de trans-*
12 *act.* et ibi *d. d.* Cum et res judicata non inspectis tabulis rescindatur *l.* 11. *pr. ff. de except. rei. jud.*
13 Id quod non in favorem legatariorum, sed in odium illorum, qui occultant testamentum, introductum, Anton. Faber. *rationat. ad l.* 6. *ff. de transact.* Et licet
14 hic replicaretur, testamentum hoc omnino productum fuisse, dum statim ab initio actis adjectum, ac de ejus validitate controversum sit; probe tamen considerandum hic est, quod quando et testamentum et codicillus adsunt; sunt codicillum pro parte et sequela testamenti reputandum esse, *l. quidem* 14. *ff. de jure*
15 *cod. t. pen. ff. testam. quom. aper.* Jam vero praesens codicillus numquam ante transactionem productus, sed potius studio celatus fuit, ut ita dici non possit, quod integrum testamentum productum fuerit, cujus pars adversario celata; partis vero eadem ratio est, quae totius *l. quae de tota* 76. *ff. de r. v.* Et sane certum
16 est, quod si rea aliquid de hoc codicillo seu legato scivisset, illa nunquam per transactionem tantum obtulisset, siquidem non necessario opus habuerat transactionem talem inire, dum nullus haereditatem testamentariam ipsi adimere poterat, considerando, quod testator non tamquam civis lubecensis, sed tamquam civis brandenburgicus testatus fuerit, utpote in quo territorio domicilium suum habuerat et decesse-
17 rat; jam autem civis brandenburgicus nullo juris colore ad jura lubecensia obligatus dici poterit, jura enim originis per translationem dominii mutari ex
18 Germaniae in moribus confesso est. Gailius *l.* 2. *obs.* 36. et inde exceptio non visi integri testamenti ante trans-
19 actionem hic quoque obtinebit. Denique exceptio doli subsidiaria ipsi objici poterit, dum ille hunc codicillum studio reticuit, antequam transactio facta, et ne
20 ullo quidem verbo ejus mentionem fecit. Jam autem, cum post transactionem novam ex illo actionem intentare velit, sine dubio juris erit, quod si dolo adversarii instrumenta occultata fuerint, et ita transactio inita, actionem vel exceptionem doli contra adversarium locum invenire, *l. sub praetextu* 19. *c. de*
21 *transact.* inprimis cum exceptio doli semper, ubi iniqua est petitio, opponi queat, *l.* 2. §. 5. *ff. de dol. mal. except.*

Hinc concludo et hanc exceptionem hoc in casu attendendam esse.

CASUS XIV.

De beneficio novis nuptiis per statutum assignato, an debeatur filiae stupratae nuptiis insecutis?

SUMMARIA

Facti species. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 5.
Rationes dubitandi. n. 6. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 10. *seqq.*
Conclusio. n. 17.

1 Filia cujusdam civis et braxatoris cerevisiae Q. nomine Susanna, sponsalia contraxerat cum juvene quodam, sub hac conditione, si honestam stationem ad sustentandam uxorem illic loci obtinere posset; pen- 2
dente hac conditione Susanna ad illicitos amplexus admisit studiosum quemdam h. a quo cum impraegnata suscepisset filium, hunc in academia H. convenit, ut aut nuptias secum consummaret, aut dotem daret; ob- 3
tinuit vero per sententiam plus quam petiit, sc. ut studiosus ille invitus ipsi matrimonio jungeretur; nu- 4
ptiis consummatis, pater Susannae praetendebat beneficium illud, quod aliis civibus Q. competit, scilicet liberam coctionem cerevisiae alicujus nuptialiis, *eines freyens Hochzeit-Brauens*, una cum ordinario mu-
nere a senatu in nuptiis offerri solito; hinc quaere- 5
batur: an ob nuptias inordinate contractas beneficium hoc praetendere possit?

Equidem praesens matrimonium potius odio, quam 6
favore dignum videtur, dum Susanna, pendente adhuc conditione, et ita nondum a primo sponso liberata, copiam sui alteri fecit, adeo, ut et gravida facta fuerit, id quod pro specie adulterii reputandum est, siquidem satis notum, quod etiam in sponsam adulterium committatur; *l.* 13. §. 3. *ff. ad l. jul. de addult. l.* 7. *c. eod.* Cui accedit, quod consummatio hujus ma- 7
trimonii studioso haud consentiente facta fuerit, qui potius constantissime contradixit, adeo, ut et minister academiae ejus loco responsionem affirmativam in actu copulationis reddere necessum habuerit. Imo ne qui- 8
dem facta copulatione eam pro uxore sua agnovit, ut ita ordinatio politica q. ad praesentem casum non extendenda videatur, quoniam illa procul dubio de matrimonio more christiano inchoato, ac perfecto loquitur; verba enim statuti stricte explicanda, et in terminis proprie ita loquentibus, Carpz: *p.* 2. *c.* 31. *def.* 17. *n.* 3. et de communi usu loquendi statuta interpretanda, Alderan. Mascard. *de interpret. stat. concl.* 3. *n.* 24. Communis autem usus nuptias legitimas sup- 9
ponit, imo idem est in jure, non fieri, vel non legitime fieri. *l. quoties* 6. *ff. qui satisd. cog.* Tiraquell. *ad ll. connub. Gloss.* 1. *p.* 6. *n.* 12.

Ast vero cum decantatissimi juris sit, quod matri- 10
monium subsequens tollat omnia vitia praecedentia *c. tanta* 6. X. *qui filii sint legit.* adeo ut liberis antea 11
natis testimonium concedi possit, quasi ex justo et legitimo matrimonio nati essent, Carpz. *p.* 2. *cap.* 6. *def.* 15. Mevius *p.* 3. *dec.* 87. Id quod et procedit, 12
etiamsi copulatio vi facta fuerit, dum haec effectum matrimonii tollere nequaquam potest, facta enim fuit praevia causae cognitione, et auctoritate judiciali; nec 13
refert, utrum studiosus ipse in actu copulationis, an vero minister academiae ejus loco in contumaciam consensum suum declaraverit, quoniam ille hoc mandato judicis fecit; judicis autem factum censetur esse factum partis, arg. *l.* 13. *c. de evict.* Klock. *vol. concl.* 99. *num.* 43. *add.* Harpprecht. *ad rubr. instit. tit. de nupt.* 138. Cui porro non adversatur, quod facta 14
benedictione sacerdotali novus maritus debitum conjugale praestare non voluerit; cum et effectus matrimonii in pleno vigore maneat, etiamsi desponsatus eam in totum deserat, adeo ut sponsa consequatur pristinam existimationem, macula per matrimonium penitus purgata, sicut in terminis tradit Carpz. *jpr. eccl. l.* 2. *def.* 135. *num.* 13. *et seqq.* Et cum de-
niqne superius adducta ordinario politica in genere 15
de nuptiis loquatur, statuta vero ex jure communi

16 supplenda, Carpz. *l.* 2. *resp.* 41. *n.* 5. *et lib.* 6. *resp.* 49. *n.* 19. nec secundum corticem verborum, sed secundum rationem accipienda sint, Brunnem. *cent.* 1. *dec.* 95. *n.* 2. ac ita praesens matrimonium pro illegitime contracto reputandum amplius non sit.

17 Hinc concludo, liberam coctionem cerevisiae nuptialis ac ordinarium munus a senatu in nuptiis offerri solitum, ipsis denegari non posse.

CASUS XV.

De abbatissa non obligata ex statuto sede vacante condito.

SUMMARIA.

Facti species. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 3.
Rationes dubitandi. n. 4. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Conclusio. n. 14.

1 Sulpitia canonice in abbatissam capituli H. electa, antequam ad administrationem abbatiae admitteretur, capitulationem certam subscribere necessum habebat, cui inter alia insertum erat statutum vacante sede confectum, non levem juris abbatialis diminutionem continens, sc. quod canonissarum ab intestato decedentium bona non amplius camarae abbatiali cedere de-
2 beant; cum vero postea plenius informaretur, statutum hoc vacante sede in praejudicium abbatissae successu-
3 rae conditum esse, controvertebatur: an non consensum super capitulatione praestitum quoad hunc passum revocare posset?

4 Quamvis autem potestas condendi statuta sede vacante capitulo simpliciter denegari nequeat, adeo ut haec statuta etiam obligent episcopum, et sic quoque abbatissam succedentem. Nicol. Rodriquetz Fermosinus. *tr. de potest. capitul. sed vacant. tr.* 3. *quaest.*
5 4. *n.* 2. *seqq.* Nec dubium aliquod superest, tam jure alicujus episcopi quam abbatissae per capitulationem restringi posse.

6 Quia tamen altioris adhuc indaginis quaestio est, an canonissae vacante sede eodem jure statuendi gau-
7 deant, quo capitulares vacante episcopatu; nam nec ipsis abbatissis tanta potestas competit, quanta alias
8 praelatis seu episcopis, sed longe adhuc minor, Thom. Tamburin *de jure abbatissar. et monial. disp.* 32.
9 *q.* 1. *n.* 2. *et* 3. hinc certe ipsis canonissis vacante sede plena potestas statuendi non concedenda; ut taceam, praesens statutum sive pactum manifestam juris abbatialis diminutionem in se continere, qualia statuta a quolibet episcopo, et sic etiam ab abbatissa succedente revocari possunt. Molina *de just. et jure tract.* 5. *disp.* 11. *n* 7. Barbosa *de canon. cap.* 42. *n.* 73.
10 Fermosinus *d. quaest.* 4. *n.* 1. Id quod et neutiquam per consensum Sulpitiae in ipsa capitulatione adhibitum legitimari poterit, cum capitulo nullum jus competiit, statuta seu pacta redditus episcopales diminuentis con-
11 scribendi; talia enim pacta tanto defectu laborant, ut episcopus in ejusmodi rebus damnum causentibus proprium factum impugnare possit; unde factum a se alienationem ipse recte revocat, *cap* 9. X. *de elect.* Vultejus *vol.* 4. *cons. marpurg.* 11. *n.* 44. Alexander
12 Sperel. *decis. for. eccles.* 74. *n.* 37. Et qui male contraxit nomine ecclesiae, auditur contra factum suum. Hermenegild. de Rox.c. *de incompat. regnor. et majorat. part.* 5. *c.* 6. *n.* 11. Non obstante juramento in contra- 13
rium, super tali pacto alienationem rei ecclesiasticae continente, praestito, Redoan. *tr. de rebus eccles. non alienand. quaest.* 77. *cap.* 3. *n.* 33. *seqq.*

Hinc concludo, Sulpitiam non teneri ad hoc pac- 14
tum in capitulatione promissum servandum.

CASUS XVI.

De titulo affinis non denegando marito civico, qui virginem nobilem duxerat.

SUMMARIA

Facti species. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Conclusio. n. 21.

Zoroastres civici ordinis homo Elisabetham nobili 1
sanguine natam uxorem duxerat, et cum maritus hic a fratribus sororis illud, quod allodii jure ipsi competebat, coram cancellaria certi principis judicialiter peteret, et inter alia petito inseruisset, ut affines sui per sententiam eo condemnarentur, quo brevi termino sorori suae satisfacerent, fratres autem conventi tamquam nobiles prius actioni respondere nollent, nisi actor in libello titulum *affinis* omisisset.

Hinc quaerebatur: an rei, tamquam germani fratres 2
actricis, hanc exceptionem ejus marito legitime opponere et titulum affinis declinare possint.

Equidem cum Zoroastres non ex nobili prosapia or- 3
tum suum trahat, videtur omnino ipsi inaequalitas conditionis adversarii, cum ejusmodi titulus solummodo inter pares in usu esse soleat; foemina vero nobilis, ignobili nupta, privilegia nobilitatis praetendere non potest, Carpzov. *p.* 3. *c.* 36. *def.* 2. Cui accedit, quod 4
ille fratribus invitis sororem eorum sibi matrimonio junxerat, et ita hi, ut eum pro affine suo agnoscant, neutiquam obligentur; insuper etiam non adeo inso- 5
litum sit, quod, si quis in libello titulo personae rei haud congruo utatur, tunc litis contestatio tamdiu differri possit, donec ille titulus mutatus fuerit.

Quoniam autem jus affinitatis non ex voluntate fra- 6
trum uxoris, sed ex ipsa dispositione juris originem suam trahit, simulac matrimonium consummatum fuit, *l.* 4. §. 3. ibi: *affinitatis causa est ea nuptiis et* §. 8. *ff. de gradib. et affin.* Bechstat. *de jure connub. part.* 2. *c.* 1. *n.* 2. Quod jus affinitatis etiam, cum 7
per legitimas nuptias semel acquisitum, non facile tollitur, nisi delictum deportatione dignum intercedat. *l.* 4. §. *ult. ff. de grad. et affin.* Inprimis, cum hoc 8
in casu de legitimitate nuptiarum eo minus dubitandum sit, cum ad eas expressus in literas redactus consensus defuncti patris accesserit. Quem consensum in 9
matrimonium, et ipse filius nato ma or ad mandatum patris subscriptione sua munivit, ac ita ipso facto hoc matrimonium approbavit; et cum porro mater pro ge- 10
nero eum agnoverit, et adhuc pro eo agnoscat, sine dubio hic quoque juris erit, quod ad justas nuptias sufficiat solus parentum et contrahentium consensus, *pr. instit. de nupt.* Carpzov. *jurispr. eccles. l.* 2. *def.* 44. E contra consensus fratrum vivis parentibus mi- 11
nime necessitatis est, et hinc quoque ipsis nullum jus

12 contradicendi competit; quo etiam facit, quod disparitas conditionis, quando maritus ex ignobili, uxor vero ex nobili stirpe progenita est, legitimitatem matrimonii haud tollat, dum inaequalitas conditionis nuptias non vitiat, Carpzov. *jurispr. consist. lib.* 2. *def.* 10. Feltmann. *de tit. honor. lib.* 1. *c.* 26. *n.* 6. Gerhard.
13 *de matrimon.* §. 399. Unde, licet persona nobilis, si se plebejo jungat, jura nobilium amplius praetendere non possit, cum conditionem mariti sequatur *l. foeminae.*
14 8. *in fin ff. de senator.* Idcirco tamen ipsi jura legitimae uxoris, marito vero inde pronata affinitas, neutiquam denegari poterit, cum vinculum affinitatis non ex aequalitate personarum conjunctarum, sed ex
15 ipso matrimonio oriatur: ex unitate enim carnis affinitas nascitur, *can. porro de affin.* 3. *caus.* 35. *quaest.*
16 5. Sanchez. *de matrim. disp.* 64. *n.* 1. Quam ob rem cum Zoroastres adhibendo hunc titulum, per leges divinas, canonicas ac civiles ex jure affinitatis ipsi competentem, illos nulla affecerit injuria, nam qui jure suo utitur, nemini facit injuriam. *l.* 13. §. 1. *ff. de*
17 *injur. l. nullus.* 56. *ff. de r. i.* inprimis cum ille sit homo literatus, ac in ejusmodi honoris fastigio positus, quod ipsi nobiles contemptui habere non solent;
18 insuper etiam notum sit, quod denegatio tituli honoris alicui competentis actioni injuriarum locum facial, Feltmann. *de tit. honor. lib.* 2. *c.* 32. §. 1. *et* 5. sicut
19 et ille, qui aliquem prohibet suo jure uti, quorsum et jus affinitatis pertinet, injuriarum tenetur. *l.* 13. §. 7. ibi: *si quis me conversari non patiatur, vel re mea uti me non permittat, injuriarum conveniri potest,*
20 *ff. de injur.* Ut ita eo minus contra motam hanc actionem exceptio de omittendo titulo affinis a judice admittenda sit, cum huic ex officio incumbat, frivolas exceptiones rejicere.
21 Hinc ex his apparet, oppositam hanc exceptionem omnino pro frivola reputandam esse, ac Zoroastri jus, uxoris suae fratres *affines* appellandi, tam in, quam extra judicium competere.

CASUS XVII.

Pactum plurium creditorum, circa remissionem usurarum, an exteros quoque obstringat?

SUMMARIA

Facti species. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 7. *seqq.*
Conclusio. n. 14.

1 Cum camera alicujus principis aere alieno admodum gravata, consensu statuum provincialium usuras annuas quincunces, hactenus praestari solitas, in minori quantitate imposterum solvendas esse aequum aestimaret, et plerique creditores in hoc consentirent, a quibusdam tantum exteris huic rei contradicentibus di-
2 sputatum fuit: an non creditores exteri, non obstante dissensu, quantitati usurarum diminutae se conformare teneantur?
3 Quamvis autem ab initio dicendum videretur, non posse creditorem sua liberalitate in remittendis usuris aliis juris sui tenacioribus praejudicium inferre, cum pactum nonnisi consentientibus praejudicare queat, *l.*
4 27. §. 4. *ff. de pact.* et alter alterius conditionem meliorem quidem, non autem deteriorem facere possit. *l. solvendo.* 39. *ff. de negot. gest.* hinc suo tantum favori quisque renunciare, non autem per hoc tertio praejudicium inferre possit, cum expediti juris sit, ju s tertii esse irrenunciabile. Gallerat. *de renunc. lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 2. Duluer. *de renunc. cap.* 14. *n.* 1. *seqq.* Nec plus roboris huic negotio accedere possit, 5
6 quod status provinciales consenserint; nam statuta alicujus provinciae non obligant forenses *arg. l. f. ff. de jurisd.* Carpz. *lib.* 3. *resp.* 1. *n.* 9.

Quoniam autem camera haec per injurias belli ac 7
alios casus publicos ingens aes alienum sibi contraxit, quo casu beneficia privatis debitoribus inopia pressis competentia camerae neutiquam deneganda. Fiscus enim eodem cum privato jure utitur. *l.* 6. *ff. de jure fisc.* 8
jam vero quoad privatos debitores in confesso est, quod quando major numerus creditorum debitori obaerato aliquid, etiamsi ipsam sortem concernat, remittat, caeteri creditores, ut huic pacto sese accommodent, ac pariter aliquid remittant, necessum habeant, *l.* 7. §. *fin. et l.* 8. *ff. de pact.* b. Brunnem. *comment. ad d. l.* 8. *n.* 1. Mev. *in asylo debit. cap.* 3. *n.* 89. *seqq.* Carpz. *p.* 2. *c.* 22. *def.* 27. Quod etiam in universi- 9
tate debitrice locum habere in specie asserit Berlich. *p.* 2. *decis.* 235. *n.* 9. Neque hoc contra aequitatem 10
pugnat, ut scilicet debitor obaeratus iterum vires colligere, ac postea omnibus creditoribus de novo satisfacere possit; Carpzov. *d. def.* 27. *n.* 12. Tabor. *de praesid. debit.* §. 7. *pag.* 11. Ubi et jura non distinguunt, 11
an creditores in vel extra territorium habitent, cum hoc beneficium non ex jure statutario, sed jure communi dependeat; *l.* 8. *ff. de pact.* Neque ad rem fa- 12
ciunt jura superius adducta, quod pactum alterius alteri praejudicare non debeat, siquidem praesens praejudicium non proprie ex pacto aliorum, sed ex provisione juris communis originem sortitur. Ut taceam, 13
hic nequidem de remissione sortis, sed tantum usurarum locum esse, utpote quae odiosae sunt, et hinc contra illas in dubio pronunciandum.

Hinc concludo, quod et creditores extranei pacto plu- 14
rium creditorum in remittendis vel minuendis usuris sese accomodare debeant.

CASUS XVIII.

In mutata monetae bonitate ad tenorem obligationis respiciendum.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 11. *seqq.*
Conclusio. n. 17.

Sempronius *anno* 1621. Dolabellae crediderat 3000. 1
Thal. adjecto usurarum pacto; et anno subsequente 1622. rursus 3000. eidem sub usuris mutuo dederat: ac prioris quidem debiti nomine creditor acceperat obligationem, posterioris vero recognitionem, in qua solemnis obligatio promissa fuerat, quae tamen non sequebatur. Usurae dein solvebantur usque ad annum 1636. sed postea mortuo Sempronio, cum ab ejus haeredibus summa principalis una cum usuris restantibus peteretur: quaestio mota fuit: an solutio fieri debeat in 2

leriori moneta, quae tempore contractus in usu fuerat, an vero in probiori?

3 Scilicet tempore contractus, dataeque obligationis et recognitionis unus thalerus 5. 6. immo et 7. thaleros valebat, adeo, ut secundum illius temporis usum tota summa principalis 6000. thal. reducenda veniret ad
4 1200. et hac etiam de causa in instrumentis nullam fieri mentionem imperialium (*der Reichs-Thaler*) sed tantum thalerorum (*der Thaler*) debitoris haeredes
5 asseverabant. Jam autem juxta communem dd. opinionem in solutione attendendum est tempus contractus.
6 Berlich. *p.* 2. *conclus.* 36. *cum dd. ibi citatis.* Et interea usurae usque ad annum 1639. in probiori moneta solutae fuerunt; ita ut usurarum quantitas sum-
7 mam 5220. *Rthlr.* monetae probioris aequaret: hinc non tantum debitum principale per solutionem dictarum usurarum extinctum, ed etiam praeter usuras debitas 2976. *Rthlr.* indebite solvi videbantur, quorum propterea restitutio a Dolabellae haeredibus urgebatur, eo quod usurae indebite solutae in sortem imputentur, et quod superest, per condictionem repeti possit. *l. si*
8 *non sortem.* 26. *ff. de cond. indeb.* Quibus non videbatur obstare posse ordinat. El. brandenb. *de re monet. de anno* 1623. Utut enim in hoc edicto debitores jubeantur summam in obligationibus expressam
9 sine ulla detractione in probiori moneta solvere. Tamen, quia actio non in Marchia, sed in Lusatia fuit instituta, non poterat eo extra territorium citata constitutio extendi. Renunciasse enim videtur loco contractus, qui in loco domicilii debitorem convenit. Schultz.
10 *de proc. p.* 1. *c.* 3. *n.* 20. Ubi autem quis forum sortitur, ibi etiam statutis adstringitur. Carpz. *p.* 3. *c.* 12. *def.* 18. *n.* 3

11 Verum enim vero, quia expresse in obligatione et recognitione *de anno* 1621. dictum est, Dolabellam accepisse summam 6000. *Rthlr.* quoque thalero 24. grossos imperii valente: in bona et usitata moneta imperii, eumque dictam summam rursus in tali moneta restitutum esse. Atqui pecunia ita restitui debet, prout inter contrahentes conventum. Hahn. ad Wesenb. *tit. de reb. cred. n.* 12. *in med.* Berlich. *p.* 2. *concl.* 36. *n.* 51. *seqq.* Freyer. *de solut. cap.* 7. *n.* 19. cum pacta
12 dent legem contractui. *l.* 7. §. 1. *ff. de pact.* Quae res tanto certior est ob expressam decisionem edicti electoralis, quod allegatum jam est *n.* 8. perspicue jubentis, pecuniam in illa bonitate restituendam esse, ad quam quisque se in instrumento obligationis adstrinxit; hoc enim edictum utique in hac causa attendendum, cum Francofurtum ad Oderam locus contractus, immo etiam locus solutioni destinatus fuerit,
13 quod expressa chirographi verba docebant. Jam vero inter dd. in confesso est, quod contractus regulari debeat secundum consuetudinem, seu statuta loci, ubi initus, *per l. si fundus* 6. *ff. de evict.* Gail. *lib.* 2. *obs.* 8. *n. fin.* Myusing. *cent.* 4. *obs.* 82. Carpz. *p.* 2. *const.* 15. *def.* 6. *n.* 8. Roland. a Valle *cons.* 13. *n.*
14 1. *vol.* 4. Accedit, quod Dolabella pecuniam a Sempronio acceptam erogaverit, ad liberanda praedia sua ab aere alieno, et sic illam pro proba expenderit; quando autem debitor pecunia aerosa ab aliis creditoribus se liberavit, non tempus contractus, sed solutionis attendendum, et proba moneta restituenda. Wesenbec. *tit. de reb. cred. n.* 12. *in fin.* Freyer. *de solut. c.* 7. *n.* 42. Iniquissimum enim hoc casu foret, quidquam de summa debiti detrahere ob rationem evidentem; cum nullum interesse debitor praetendere possit, si ita pecuniam restituat, uti eam expendit: cessante vero interesse, omnis actio excluditur. *per l.* 2. §. 5. *ff. de acqu. et aqu. pluv. arcend.* Add. Richt. *dec.* 72. *n.* 23. Tandem usurae semper in valida et graviore 15
moneta solutae firmant creditorum intentionem; talem enim monetam mutuo datam esse praesumitur, qualem demonstrant usurae subsequentes. Carpzov. *p.* 2. *const.* 29. *def.* 6. *n.* 5. Berlich. *part.* 2. *conclus.* 36. *n.* 29. Unde doctorum quorumdam opinionem *n.* 8. 16
adductam solidissimis rationibus alii refellunt. Bachov. in Treutler. *vol.* 1. *disp.* 20. *th.* 2. *lit. c.* Hahn. ad Wesenbec. *de reb. cred. n.* 12. *et quos ibi citat.*

His de causis exi timatum est, debitum hoc, tam 17
quoad summam principalem, quam quoad usuras restantes, in bona et tempore solutionis usitata pecunia solvendum esse.

CASUS XIX.

De exceptione compensationis per aliam compensationem exclusa.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 5. *seqq.*
Conclusio. n. 14.

Christophorus, ex jure et persona Johannis Zacha- 1
riae, a Christiano petebat 400. thaleros ex venditione praedii residuos: cui Christianus compensando opponebat debitum 700. thal. quo Johannes Zacharias ex fidejussione pro Joachimo ipsi obstrictus erat, quae compensatio etiam in camera electorali *anno* 1652. admissa, nisi Christophorus solutionem probasset. Hoc facto Christophorus regessit, ipsum Christianum Joachimo, ex cujus persona compensare volebat, adhuc 850. thal. debere, quo ipso debitum 700. thal. com- 2
pensationis loco adjectum, dudum extinctum, et hinc hoc amplius in compensationem deduci non posse. Quaerebatur itaque quid juris?

Quamvis autem sententia cameralis, quae compen- 3
sationem 700. *thal.* admisit, nisi solutio doceatur, vires rei judicatae acceperit, antequam debiti illius 850. *thal.* mentio fieret, ut hinc haec jus inter partes facere videatur, adeo, ut si conditioni non pareatur, sententia quoad compensationem pro purificata reputetur, et hinc per novam hanc compensationem rescindi non possit. *l.* 56. *ff. de re jud.* Joachimus 4
etiam ad tollendum debitum 700. *thal.* nunquam illos 850. thal. compensando opposuerat; compensatio autem non oppositа non meretur attendi. Mev. *p.* 7. *dec.* 127. *et decis.* 252. *n.* 4.

Quia vero Christianus in concursu Joachimi illos 5
700. thal. liquidaverat, et locum in sententia prioritatis obtinuerat, sed hac lege, ut prius super hoc debito rationes inirentur, ex hoc apparebat, debitum illud adhuc esse illiquidum; Christophori vero creditum liquidum et confessum, quo casu admitti nequit compensationis exceptio *l f.* §. 1. *c. de compensat.* Et
quamvis Christiano nocere nequeat, quod semel se illi 6
concursui commiserit, cum nihilominus jus variandi

et fidejussorem conveniendi illibatum habeat, in quantum ipsi ex concursu non satisfactum. *per l. fin. et*
7 *ibi dd. c. de fidejussor.* Attamen, quia cedere creditor debet fidejussori solventi jura adversus debitorem principalem et confidejussores ad repetendam pecuniam, quam fidejussor exsolvit, per tradita Heringii *de fi-*
8 *dejussor. cap.* 27. *part.* 3. *n.* 12. quam cessionem Laelius propter rationes antea reddendas praestare nequit: et licet beneficio cedendarum actionum renunciatum fuerit, attamen cessio denegari non debet, aut solutionem retardare non valeat. Hering. *d. l. n.* 23.
9 Nec obstat res judicata, quia ibidem terminus probandus praeclusivus statutus non fuerat: deinde probata satis erit solutio, probata compensatione, quia haec instar solutionis est. §. 30. *inst. de act.* Bach. *v.*
10 1. *d.* 25. *th.* 10. *lit. e. et f.* Et quamvis compensatio allegauda sit, quod Joachimus nunquam fecit, Carpzov.
11 *p.* 1. *c.* 8. *d.* 6. *n.* 1. tamen non a tempore allegationis, sed a tempore concurrentiae, sortitur compensatio effectum suum, adeo, ut impediat cursum usurarum, et delictum tollat ipso jure, citra ullum hominis factum, Borcholt. *tr. de compensat. cap.* 3. *n.* 3. et hinc fidejussoribus, etiam tacente, immo et in- 12
vito debitore prodest. Hering. *d. tr. cap.* 20. §. 6. *n.* 4. Borcholt. *d. tr. c.* 4. *n.* 25. Unde semper fidejussores hanc exceptionem opponere possunt, cum haec nulla praescriptione elidatur. Mohedan. *dec. rot. rom. tit. de praescr. dec.* 3. Ut taceam, hanc compensa- 13
tionis exceptionem etiam post sententiam in ipsa executione opponi posse. Carpzov. *proc. tit.* 25. *art.* 6. *n.* 48. Zanger. *de except. p.* 3. *c.* 26. *n.* 61. *et seqq.*

His de causis pronunciatum, Christiani compensa- 14
tionem altera compensatione exclusam manere, et eapropter sententiam reformatoriam sperari non posse.

TANTUM.

DISPUTATIO DECIMA OCTAVA

DECAD. II.

CASUUM FORENSIUM RESOLUTORUM,

D. MAJI ANNO MDCCV.

RESPONDENTE

JOHANN. GERHARD. LUEDECKE, HALLO-SAXON.

INGRESSUS.

Cum mihi post triennium in academia hac fridericiana juris studio impensum domum redeundum esset; illi, quorum jussui refragari crimen esse existimavi, mihi auctores fuerunt, ut altera vice cathedram publicam ascenderem, et dissertationis cujusdam practicae defensionem in me susciperem. Hoc praeceptum, uti ad meam utilitatem ac emolumentum tendens, non potui non gratissima mente agnoscere. Nec diu dubitandum mihi fuit, cujus potissimum praesidium atque favorem in negotio hoc exequendo implorarem. Annus enim jam agitur post vigesimum quintus, quo sub eodem illustr. praesidio venerandus pater meus dissertationem, quae postea a dn. Praeside inter monumenta academica vol. 4. relata fuit, scil. de *cera rubra*, in publico ventilandam ac defendendam susciperet. Animum inde meum eo statim induxi, mihi quoque allaborandum esse, ut, cum per totum istud tempus ex ejus ore juris praecepta haurire mihi licuerit, ejus quoque benevolentiam in promittendo suo praesidio implorarem. Non defuit petitis meis pro insigni quibusvis succurrendi studio, sed potius consilio suo mihi auctor ad id suscipiendum fuit. Tale autem mihi eligendum esse existimavit dissertationis genus, quod non in juris sola speculatione subsisteret, sed ejus ad factum contineret applicationem: ita enim fieret, ut non inutili aut perperam suscepto negotio tempus tererem, sed in eo, quod in ipsis rerum obtinet argumentis, operam navarem. Hinc cum praecipuae artis sit, non tantum jus nosse, sed et idem ad factum applicare, periculum, quid humeri valeant, quid ferre recusent, facere volui: Quemadmodum autem, si quis ingenio suo in casibus fingendis confidat, multi quoque occurrere solent, quorum vel nulla, vel certe perrara obveniat utilitas, ita illos dn. Praeses per rationes dubitandi et decidendi ela-

borandos mihi communicavit, qui jam ante aliquot annos in foro ventilati ac publica auctoritate decisi fuerunt. Feci, quantum potui, sed ita, ut otiosa praetermitterem, et illa tantum, quae ad momentum cujusvis causae faciunt, attingerem. Deus adsit conatibus.

CASUS I.

De transactionis effectu suspenso ob privilegium generale superveniens a principe.

SUMMARIA.

Facti species. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 6.
Rationes dubitandi. n. 7. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 17. *seqq.*
Decisio. n. 31.

1 In civitate quadam inferioris Saxoniae diu inter sutorum et pellionum collegium controversia fuit agitata, num illis libera pellium ac corii praeparatio concedenda esset. Tandem verecunda cogitatione, quae lites execratur, inducti, rem anno 1679. transactione composuerunt; ut quisque sutorum tantum corii praeparare posset, quanto ad calceorum confectionem opus haberet, nil vero quisquam nec opificii collegis, nec reliquis civibus, nec etiam extraneis vendendi potestas ipsis esset. Accidit, ut paulo post ex imperiali concessione ac domini territorii beneficio eidem civitati privilegia nundinarum imperialium quotannis celebrandarum concederentur, quibus uniciuis advenienti emendi vendendique libera facultas esset. Hinc meta fuit quaestio, an et sutoribus vi novi nundinarum privilegii integrum esset, libertate ista uti, iisque nundinis coria a se confecta venum exponere?

7 Equidem coriarii illam corii in nundinis vendendi licentiam sutoribus omnino praecisam existimabant, hoc potissimum inducti, quod per transactionem generalem haec controversia penitus decisa esset, qua sutoribus omnis corii vendendi facultas adempta.

8 Transactio enim generalis ad omnes casus trahenda, qui sub tali generalitate comprehendi possunt. Bartol. *ad l. sub praetextu* 19. *cod. de transact.* Ut enim

9 valida sit transactio circa incogitata in particulari, sufficit de generalitate fuisse cogitatum et transactum non facta exceptione particularium. Dn. Praes. *tr. de jur. sens. diss.* 10. *cap.* 7. §. 15. B. Brunn. *ad l.* 29. *cod. de transact. n.* 2. Hahn. ad Wesenbec. *tit. de*

10 *transact. n.* 3. Deinde pro pellionum militabat sententia, quod a transactione semel legitime inita non

11 sit recedendum. *l.* 11. *et* 24. *cod. de transact.* Transactio enim vim habet rei judicatae, *l.* 20. *d. t.* et exceptio transactionis in lite opposita omnem litis ingressum perimit. Dn. Praeses *introd. ad prax. cap.*

12 9. §. 1. Quod enim semel placuit, amplius displice-

13 re non potest. *cap.* 21. *de r. j. in* 6*to.* Neque vero haec transactio per solemne nundinarum privilegium

14 sublata esse censeri potest, cum princeps non praesumatur in alterius praejudicium privilegium concedere velle. *l. nec avus* 4. *cod. de emancip. liber.* Nec

15 nova principis constitutio ad negotia transacta et decisa trahi debet. *arg. l. fin. cod. de transact. l.* 7.

16 *cod. de ll.* Wesenb. *vol.* 1. *cons.* 31. *n.* 25. Sicut nec rescripto principis transactiones bona fide initae rescindi possunt. *l.* 16. *cod. de transact. ibique* B. Brunn. *n.* 1.

Verum cum pelliones nemini peregrinorum publi- 17
cam corii venditionem nundinarum liberarum tempore interdicere possint, nec sutoribus illius loci pri- 18
vata sua prohibitione vim privilegii imperialis adimere possunt. Jus enim publicum, seu quod publice 19
utile est, privatorum prohibitione et pactis mutari nequit. *l.* 38. *ff. de pactis. ibique* Gothofredus *in not. lit.* (*f*) B. Brunnemann. *ad cit. l. n.* 8. Ideoque valde 20
iniquum foret, si ejus jussis, quod peregrino concedere necessum habent, concivem suum nolint fieri participem, cum tamen hujus prae aliis melior debeat esse conditio. Nec nundinae in gratiam exterorum, 21
sed praecipue indigenarum instituuntur, ut ad hos ex commerciis lucrum redundet. Hinc concessio generalis libertatis commerciorum nundinarum tempore sine discrimine omnibus ac singulis patere debet. Cum 22
talia beneficia in totius reip. emolumentum tendentia latissimam non immerito recipiant interpretationem. *l. beneficium* 3. *ff. de const. princ.* Per illustr. dn. de Rhez. *medit. academ. ad inst. diss.* 3. §. 13. Carpz. *part.* 2. *const.* 6. *def.* 8. *n.* 7. *et ibi alleg.* Accedit, quod 23
quaevis transactio strictissime interpretanda sit. *arg. l.* 99. *de v. o. et l.* 31. *cod. de transact.* et tacitam contineat clausulam: rebus in eodem statu manentibus. 24
l. 38. *pr. ff. de solut.* Carpz. *part.* 2. *const.* 35. *def.* 73. Cessat enim in novo rei statu seu causa mens et 25
intentio disponentium. Alciat. *de praesumption. reg.* 2. *praesumpt.* 16. *n.* 6. Et juri omnino congruum est, 26
quod transactio ad ea, quae tempore transactionis cogitata non fuerunt, imo de quibus nec cogitari potuit, extendi nequeat, *l.* 5. *ff. de transact.* Card. Mantic. *de tacit. et ambig. convent. l.* 26. *t.* 6. *n.* 6. Quod eousque 27
etiam valet, ut juramentum transactioni adjectum, illam ueutiquam sustinere possit, Seraphin. *de privil. jurament. priv.* 119. *n.* 2. Neque enim quisquam juri 28
futuro censetur renunciasse, etiamsi omnibus juribus renunciaverit. Dalner. *de renun. cap.* 16. n. 8. Jam 29
vero noviter introductae nundinae imperiales illius generis sunt, ut nec a maxime circumspecto tempore transactionis de illis cogitari potuerit. Multo mi- 30
nus itaque sutores libertati commerciorum ex imperiali et principis privilegio de novo introducto nuncium tunc temporis misisse existimandi sunt. Ideo- 31
que conclusum fuit, pelliones nullo jure sutores impedire posse, quo minus eo, quae peregrini, jure utantur, et coria publico tempore nundinarum vendant, eaque propter transactionem ad novum hoc privilegium nundinarum, antea nunquam cogitatum, neutiquam extendendam esse.

CASUS II.

De restitutione contra transactionem propter alimenta in testamento patris relicta initam.

SUMMARIA

Facti species. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 4.

Rationes dubitandi. n. 3. seqq.
Rationes decidendi. n. 7. seqq.
Decisio. n. 17.

1 Nobilis quidam dispositione sua, quam inter liberos confecerat, mandavit, ut filii filiabus relictis sex millia thalerorum in parata pecunia, una cum mille aliis, quae ultra dotem illis largirentur, dotis nomine solverent, sicuti et in hac summa filios tamquam in paterna haereditate haeredes scripsit. Disposuit autem, ut antequam filiabus nubendi occasio daretur, filii interim eis alimenta, vestimenta et reliqua vitae subsidia nobilitati convenientia suppeditarent. Patre defuncto, fratres de illis vitae subsidiis cum sororibus, matre, tutoribus ac in testamento denominatis executoribus praesentibus, ita transigunt, ut filiabus, quarum tres numero erant, conjunctim 350. thlr. quotannis alimentorum loco solverentur; in quo cum se gravatas postea arbitrarentur, quaestio inde mota fuit: 4 annon filiae quoad momentum alimentorum sibi promissorum contra dictam transactionem restitutionem in integrum petere possint, et an hanc obtinendi spes de jure supersit?

5 Equidem ab initio graviter resistebat, quod filiae nihil hic proprio motu, sed omnia ex consilio matris et tutorum egerint, ut hinc si laesae sint, hoc magis factum matris et tutorum, quam fratrum, cum quibus transegerant, factum esse dicatur, quo casu damni reparatio ab ipsis tutoribus peti, restitutio autem denegari solet, propter textum in *l. properandum. 13. §. ult. c. de judic.* Nam ubi minori ordinaria superest actio, 6 ibi restitutio in integrum, tamquam remedium extraordinarium non conceditur. *l. 15. et 16. ff. de minor.* Urgebatur etiam transactionis favor *ex l. 16. c. de transact.*

7 Verum cum juris sit notissimi, quod minores etiam contra transactionem, si per eam laesi sint, restitutionem in integrum petere possint, *per tot. tit. cod. si advers. transaction.* B. Brunn. *ad l. 1. d. t.* 8 Carpz. *part 2. const. 35. def. 2 n. 10.* Licet tutores et curatores vel maxime in hunc contractum consenserint eumque nomine suo confirmaverint. Nam et 9 in his, quae praesentibus tutoribus et curatoribus gesta sunt, in integrum restitutio concedenda, si circumventio vel laesio doceri possit. *l. minoribus 2. cod. si tutor. vel curat. interven.* Brunn. *ad d. l. 2.* Sfortia Oddus *de restitut. in integr. part. 1. quaest. 22.* 10 *art. 9.* Sanchez. *de matrim. l. 6. disp. 38. n. 11.* Neque vero restitutioni impedimento est, quod propter laesionem ex transactione oriundam contra tutores eis pa- 11 tet regressus. Siquidem *cit. l. properandum* tantum de restitutione contra illa, quae in processu omissa sunt, agit. Brunn. *ad cit. l. §. ult. n. 73.* Quod ob auc- 12 toritatem judiciorum constitutum est, quorum ordo 13 non patitur illa facile rescindi, quae semel in judicio 14 gesta. In aliis vero negotiis minor ex capite minorennitatis est tutendus, utut personali negotio suum a tutore consequi possit, ut sunt verba *l. 3. cod. si tutor. vel curat. interv.* Ruinus *vol. 5. cons. 119. in fin.* Rebuff. *de restitut. et relev. verb. qu. restitution. gloss. 2. n.* 15 *22. seq.* Hinc citatae superius *l. 15. et 16. de minor.* loquuntur de alia actione ordinaria contra eamdem personam competente, a qua resultat laesio, non si contra diversas personas competat, uti hoc casu est diversa tutorum persona a persona fratrum, contra quos praetendunt laesionem. Oddus *de restit. in integr. quaest. 17. art. 2. n. 14.* Unde minoribus electio re- 16 licta est, an contra tutores actionem tutelae instituendo sibi consulere velint, an potius transactionem rescindere proficuum ducant. *l. fin. cod. si tut. vel curat. interv.* Carpz. *part. 2. const. 11. def. 34.* Hinc fi- 17 liae praesenti casu optimo jure ad rescindendam transactionem agere possunt, si laesionem subesse docuerint. *l. 11. §. 3. ff. de minor.*

CASUS III.

De alimentis filiabus nobilium pro quantitate dotis non determinandis.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3, seqq.
Rationes decidendi. n. 7. seqq.
Decisio. n. 13.

In casu jam adducto, dotis nomine filiarum singulis 1 relicta erant sex millia thalerorum, quae usuras annuas producunt 300. thaleros; per transactionem autem cuilibet earum tantum 116. thaleri alimentorum 2 loco obvenerant, hinc disceptabatur admodum, an non usuras dotis integrae praetendere possint filiae?

Filiabus hic opponebatur a fratribus, quod alimenta filiarum nobilium non praecise secundum quantitatem usurarum patrimonii computari debeant, sed potius judicis relinquatur arbitrio, quo pacto secundum decus familiae alendae sint. Quo et pater in di 4 spositione sua respexisse videbatur, cum non solum alimenta secundum filiarum nobilitatem determinaverit, sed nec filios ad dotem solvendam obligare voluerit, antequam matrimonium filiae inirent. Ubi ergo 5 nondum adest sortis petitio, ibi nec adest mora, *l. 88. ff. r. j. l. 127. de v. o.* Ubi vero nulla mora, ibi 6 nec usurae peti possunt. *l. mora 32. ff. de usur.*

Verum cum in hac dote, quam pater filiabus testa- 7 mento reliquit, legitima comprehendatur, ea vero legis auctoritate et dispositione debeatur, velit, nolit pater Claudius de Battandier *de legitim. art. 4. n. 17.* Et li- 8 cet non formaliter, quatenus dimidia vel tertia pars bonorum est, et titulo institutionis relinqui debet, materialiter tamen et quatenus alimenta continet, jure naturae debita recte dicitur. dn. Praes. *caut. testam. cap. 17. membr. 2. §. 3.* Battandier. *art. 10. et 14. n.* 22. Quod procedit, etiamsi a liberis approbatum sit 9 testamentum. Non enim approbatum censetur quoad 10 gravamen in legitima. Quippe haec adeo privilegiata 11 est, ut nulla paterna dispositione vel conditio, vel dilatio, vel mora, vel modus, vel aliud gravamen ipsi adjici possit; sed omnia pro non scriptis habeantur. *l. 32. cod. de inoff. testam.* Dn. Praes. *d. membr. 2. §. 4. seqq.* Cocchus *de legit. p. 333. n. 11.* Mev. *part. 4. dec. 15.* Jam vero maximum est gravamen, si filiabus 12 non antea numeretur legitima, antequam nubendi eis se praebeat occasio, et interim usuras tamquam usumfructum amitterent, quem tamen legitimae usumfructum pater liberis adimere vel aliis relinquere non potest. Carpz. *part. 3. const. 12. def. 7.* Battandier. *art. 3. n. 2.* Ideoque filiae non obstante paterna dispo- 13

sitione usuras eatenus petere possent, quatenus legitima pro liberorum numero et quantitate bonorum numeranda venit, quatenus, autem dos legitimam excedit, eatenus usuras praetendere nequeunt.

CASUS IV.

De donatione propter nuptias post mortem mariti apud uxorem ad dies vitae remanente.

SUMMARIA

Factum. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 3.
Rationes dubitandi. n. 4. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 8. *seqq.*
Decisio. n. 18.

1 Idem nobilis, de quo in superiori casu actum fuit, cum secundas iniret nuptias, pacta dotalia hoc modo cum sponsa contraxit, ut huic in casum mortis mariti dos illata 3000. thalerorum cum donatione propter nuptias similis summae, nec non dotalitium, quamdiu in viduitate permansura esset, comestibilia 3 et reliqua viduis nobilibus debita praestarentur. Quae omnia dispositione sua inter liberos iterum confirmavit. Hinc quaeritur, an vidua, etiamsi ad alia vota transiret, nihilominus ipsi destinatam donationem propter nuptias 3000. thalerorum ex feudo petere, ac usuris inde natis ad dies vitae perfrui posset, si cautionem sufficientem de sorte liberis prioris matrimonii conservanda interposuisset?

4 Quamquam autem alias donatio propter nuptias matrimonio soluto ad maritum ejusque haeredes revertatur, et vidua nil nisi dotem suam recipiat, nec quicquam ex donatione propter nuptias lucretur. *cap.* 8. §. *fin. x. de donat. int. vir. et uxor.* Carpz. *part.* 2 *const.* 41. *def.* 1. Hartman. *Pistor. lib.* 1. *quaest.* 14. *n.* 34. Schneidewin. *ad* §. 3. *inst. de donat. n.* 1. in 5 praesentibus etiam pactis restrictio haec adjecta sit, eam tamdiu ea usuram, quamdiu vidua remanserit. 6 Hinc quae ad tempus concessa, lapsu temporis revocata censentur. *arg. l.* 8. *in fin. ff. de postul. l.* 27. §. 1. *ff. de pactis.* Barbos. *thes. axiomat. lib.* 18. *cap.* 9. *axiom.* 6. Licet enim tempus non sit modus tollendi 7 obligationem, omnino tamen effectum obligationis tollit, si in hunc finem sit adjectum. Carpz. *part.* 2. *const.* 24. *def.* 28. *n.* 8.

8 Verum cum in pactis dotalibus clare conventum sit, haeredes viduae post mortem mariti ad solvendam donationem propter nuptias obligatos esse debe- 9 re. Ex quo abunde patet, quod haec promissio non nudam dotis securitatem contineat, sed lucrum ali- 10 quod post mortem mariti percipiendum; quem in finem etiam additum est, eam ex bonis defuncti cedere non debere, nisi 6000. thaleris, utpote 3000. dotis et 3000. donationis propter nuptias nomine perceperit, sed in illis retentionis jure perfrui debere. 11 Unde iterum conspicuum est, maritum hos 3000. thaleros uxori tamquam lucrum aliquod reliquisse. 12 *arg l.* 7. *cod. de donat. ant. nupt.* Siquidem et huic sententiae dispositio inter liberos optime suffragatur. 13 Utpote qua lucrum illud iterum confirmatum fuit, quae geminata remissio validum animi propositum 14 inducit. Tuschus *pract. conclus. lit. g. concl.* 28. Id quod magis adhuc ex reciproca illa conventione in pactis dotalibus expressa colligi potest, qua tota dos mariti lucro in casum mortuae post annum uxoris cessura fuisset. Hinc etiam aequali jure uxor, si supervixerit, plenam donationem propter nuptias lucrari debet, cum hic tam in pactis quam in lucris debeat esse aequalitas. *auth. aequalitas et l.* 9. §. *hoc autem cod. de pact. convent.* B. Brunn. *ad cit. auth. et leg. n.* 7. Denique ratione donationis propter nuptias in 15 pactis dotalibus nihil expressum de eo, quod vidua tantum ad dies viduitatis ea perfrui debeat, sed hoc tempus dotalitio soli annexum, hinc tamquam odiosum ad alios casus praecedentes neutiquam extendendum, *cap. odia* 15. *de r. j. in* 6*to.* Quando enim potest di- 16 versa ratio adduci, quare clausula subsequens non debeat referri ad omnia antecedentia, non facienda est extensio. B. Brunn. et Bartolus *ad l.* 1. *cod. de liber. praeter in fin.* Barbos. *thesaur. axiomat. lib.* 3. *cap.* 31. *axiom.* 5. Menoch. *lib.* 2. *arb. quaest. cas.* 64. *n.* 24. Jam vero ratio diversitatis manifesta adest, quod dotalitium ordinarie tantum intuitu viduitatis determinetur, non vero donatio propter nuptias. Carpz. *part.* 2. *const.* 42. *def.* 1. *n.* 8.

Hinc juri conveniens existimo, filios, antequam 17 mater bona, in quibus ei ex hoc capite jus retentionis competit, dimittat, ipsi praestita prius cautione 3000. thaleros solvere, ac ut eis perfrui ad dies vitae libere possit, concedere debere; aut ipsis cautionem offerre incumbit, se matri quotannis usuras exacte soluturos esse.

CASUS V.

De restricta libertate braxandi civium.

SUMMARIA

Facti species. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 4.
Rationes dubitandi. n. 5. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 19. *seqq.*
Rationes pro jure solitario senatus. n. 30. *seqq.*

In civitate quadam vicinae Saxoniae ex immemoriali tempore senatui jus competiit, certam mercedem 1 quatuor florenorum, quam *den Pfannen-Zinss* appellant, pro concessione domus ac vasorum ad braxandum exigendi. Tandem cives aliquot sibi ipsis do- 2 mum ac vasa ad cerevisiam publice vendendam praeparare incipiunt. Prohibente vero id senatu res ad 3 judicium defertur, et cum senatus in possessione vel quasi juris pecuniam illam exigendi esset, interdicto *uti possidetis* ei judex superior succurrit, ac postea res ad ulteriorem controversiam deducta fuit. Quae- 4 ritur itaque, quid juris in hoc casu? et an civibus salva justitia succurri possit contra jus prohibendi a senatu praetensum?

Quamquam vero jus propriis vasis ad cerevisiam 5 coquendam utendi alias libertatis naturalis esse videatur; cum unicuique in domo sua ad proprium com- 6 modum promovendum ac suam necessitatem sublevandam quidvis facere liberum sit, *l. sicut.* 8. §. *Aristo.* 5. *ff. si serv. vindicet. l. Proculus* 26. *ff. de damno inf.* Cothm. *vol.* 3. *cons.* 93. *n.* 66. Sicut hoc fornorum 7 exemplo probat dn. Praeses *dissert. de jure farnor. cap.* 2. *n.* 1. *vol.* 3. Talia vero, quae in libertate naturali consistunt, nulla praescriptione impediri possint. 8

arg. l. 2. *ff. de via publ.* Köppen. *dec.* 1. *n.* 25. Balbus
9 *de praescript. part.* 4. *part.* 5. *pr. qu.* 1. Semper enim
10 pro libertate est praesumptio. *l.* 8. *et* 9. *cod. de servit. et aqu.* Adeo ut in eum, qui in jure singulari se fundat, rejiciat onus probandi. Carpz. *part.* 2. *concl.* 41
11 *def.* 18. *n.* 3. *et lib.* 1. *resp.* 67. *n.* 15. Quippe haec praesumptio non hominis est, sed juris. Menoch. *vol.*
12 4. *cons.* 395. *n.* 2. Praeterea hoc in casu satis demonstratum, nunquam a senatu prohibitum fuisse propria vasa comparare: ubi vero rei merae facultatis non ac-
13 cessit prohibitio ex parte una, et altera pars eidem acquievit, ibi nullus praescriptioni locus. Tiraquell. *de retract. convent.* §. 1. *glos.* 2. *n.* 21. Gail. *lib.* 2.
14 *o.* 69. *n.* 9. Hinc si homines longissimo tempore usi sint furno alterius, non tamen praescriptum est, quo minus illi homines alterius furno uti, vel sibi ipsis furnum proprium extruere possint. dn. Praes, *cit. disp.*
15 *de jur. fur. cap.* 3. §. 53. Balbus *l. c. qu.* 5. *n.* 2. Praeter haec ostendi nequeat speciale statutum aut privilegium, quo cives prohiberi possent, proprios ad cerevi-
16 siam coquendam cacabos comparare. Cessante vero jure prohibendi, praesumendum est pro libertate naturali.
17 Masc. *conclus.* 1306. Pacian. *lib.* 2. *cap.* 20. *n.* 10. Insuper etiam hic contractus locati conducti subesse videbatur, cum cives pro certa pecunia illis cacabis usi sint; jam autem dubio vacat, quod locatio conductio in futurum nullum jus inducat; sed finito usu locatio quoque finiatur, nisi tacite fiat reconductio *l.* 13. §. *fin. ff*
18 *locat.* Lauterb. *ad tit. ff. locat. pag. m.* 374. Quae reconductio hic omnino ob contradictionem praesumi non potest, ut sic non necessitatis sed libertatis sit, an iterum contrahere vel conducere velit. *arg. l.* 5. *cod. de obl. et act.* B. Brunn. *ad cit. leg. n.* 1.

19 Verum cum in ejusmodi controversiis, ubi de eo agitur, quod cuique ex naturali facultate facere licet, non in genere disputandum, sed ad statum reip. in qua vi-
20 vimus, potissimum respiciendum sit. Siquidem notum est, omnia probe commoda, quae olim cuivis ex facultate naturali acquirere concedebantur, hodie ad principes aut magistratus pertinere. dn. Praes. *cit. dissert. cap.* 1
§. 20. B. Strov. *spec. dissert. de libert. nat. restricta*, quam exhibet Fritsch. *exercit. jur. publ. part.* 1. *disp.*
21 *ult.* In specie vero hoc de coctione cerevisiae dicendum utpote quae non amplius libertatis naturalis est, sed adeo est restricta, ut certis tantum personis, quae in urbibus habitant, competat. *Landrecht. art.* 66. *in pr.*
22 Zobel. *lit. a. lib.* 3. Hinc etiam nobiles aliique, qui in pagis habitant, regulariter ab hoc jure exclusi censentur. Berlich. *part.* 1. *dec.* 31. Carpz. *p.* 2. *const.* 6. *def.*
23 4. *n.* 5. *et* 8. *id. lib.* 1. *resp.* 37. Sicut nec in ipsis urbibus cuivis civi competit, sed illis, tantum, quorum aedibus jura braxandi in specie concessa
24 sunt. Jus enim coquendi cerevisiam in Saxonia se habet ad instar privilegiis realis. Carpz. *p.* 2. *const.*
25 41. *def.* 15. Ex quo patet, neminem, qui cerevisiam coquere vult, in libertate naturali adhuc praesidium quaerere posse, sed ipsi incumbere onus probandi,
26 quod jus istud legitime acquisierit. Qui enim se fundat in concessione vel privilegio, illius intentio non praesumitur, sed ab allegante probanda. Menoch. *lib.* 6. *praes.* 14. *n.* 15. Carpzov. *part.* 1. *const.* 16. *def.*
27 72. Praecipue autem id in hac civitate, ubi controversia ventilatur, locum invenit, utpote cum cives illi omnes cerevisiam coacturi, fateantur, se jus braxandi,

quo in aedibus suis utuntur, jure feudi a senatu accipere, certo canone 20. grossorum soluto. Jam vero 28
negari nequit, civem eo jure, quo ex collatione senatus pro certa pecunia fruitur, non secundum proprium beneplacitum uti, sed voluntatem et intentionem concedentis recipere debere, cum senatus in sui praejudicium nihil videatur concessisse, sed semper subintelligenda sit clausula: salvo jure tertii et nostro. B. Ziegl. *decis.* 19. Knichen. *de vestitur. part. part.* 3. *c.* 1. *n.* 15. Paul. Paris. *lib.* 1. *consil.* 15. *n.* 11. Et hinc nec concessio juris braxandi aliter intelligenda 29
est, quam si vasa senatus adhibeant, et senatui onera, quae braxantibus imposita sunt, quibusque census *der Pfannen Zinss*, non injuria annumeratur, solvantur.

Quod vero senatui jus vasa ad cerevisiam praepa- 30
randam habendi, et sic exinde lucrum capiendi in praesenti casu soli competat, satis probatum est exinde quia sufficienter deduxit, se ultra hominum memoriam hoc jure cum exclusione civium usum esse. Immemorialis autem praescriptio habet vim privilegii. 31
Mynsing. *cent.* 1. *obs.* 30. B. Brunnemann. *cons.* 51. *n.* 8. Cum et regalia ipsa hoc modo acquirantur. *cap.* 32
super quibusdam. 36. §. *praeterea. X. de v. s.* Brunnemann. *cit. loc. n.* 7. Rosenthal. *de feud. c.* 5. *concl.* 16. *n.* 3. Inprimis accedente diutina civium patientia 33
eum scilicet numquam propria vasa sibi praeparare ausi, sed vasis senatus semper usi fuerint. Haec au- 34
tem patientia in acquisitione jurium est loco tituli, imo instar traditionis. *arg. l.* 10. *ff. si servit. vindic.* Cravett. *cons.* 741. *n.* 24. Deinde etiam senatus cen- 35
sum illum per 30. annos; annum et diem separatim exegit, nec hoc ex nudo beneplacito aut patientia civium factum, sed qui censum illum solvere recusarunt, illis poena dictata, ex quo jus prohibendi satis abundeque apparet. Accedit et hoc, quod senatus non 36
privatum inde quaesiverit commodum, sed canonem illum in utilitatem publicam converterit, quale compendium ex jure braxandi magistratui permittendum esse, docet Labor. *de jure cerevis. c.* 5. §. 2. *ibi publico nomine.* Quo fit, ut propter commodum publi- 37
cum post tanti temporis lapsum nemini privato concedendum sit, propriorum vasorum comparatione utilitatem publicam intervertere. Publica enim utilitas 38
omnibus privilegiis, et sic etiam praetensae libertati naturali praejudicat, et facit, ut aliquid it favorabile, etiamsi fiat contra jus. Dn. Praeses *disp. de salut. publ. c.* 2. *per tot. vol.* 3: Hering. *de molendin. qu.* 11. *n.* 93. Brunnem. *ad tit. cod. de curs. publ. in fin.* Fritsch. *tr. de praesid. necessit. sect.* 3. §. 2. Quo fa- 39
cit, quod in vicinis urbibus Saxoniae senatui idem commodum competat, et sine controversia relinquatur. Jam vero ad consuetudinem regionis in casu dubio 40
respiciendum *l.* 21. §. 1. *in fin. ff. qui test. fact. non poss. l.* 50. *in fin. ff. de leg.* 1. *l.* 1. *ff. de ntur. l.* 34. *ff. de reg. jur.* Siquidem ejusmodi mo- 41
res per totum Saxoniae electoratum obtinent, atque consensu electoris et statuum confirmati sunt, ut senatus in urbibus, in quibus *der Pfannen Zinss* hactenus obtinuit, in juris ejus exercitio libero porro adhuc defendantur. Denique etiam senatus jamtum 42
in possessorio favorabilem obtinuit sententiam, ideoque cum a contraria parte nihil solidi adductum sit, in dubio pro senatu tamquam possessore etiam

in petitorio pronunciandum erit. §. 4. *inst. de interdict.* Perillustr. dn. de Rhet. *ad inst. dissert.* 29. §. 11. Dn Hopp. *ad cit.* §. 4. *verb. commodum.* Neque vero nos movere potest in contrarium, quod dubitandi causa adductum, omnia enim illa ex praetensa libertate naturali dependent, quod supra jam satis refutatum. Insuper probe attendendum, quod hic res non inter privatos cum privatis, sed inter privatos cum magistratu versetur, ubi nonnulli privati (neque enim tota civitas hoc postulavit) commodum a magistratu tamdiu perceptum, et publicae utilitati sedulo applicatum, sua contradictione interwertere allaborant. Ideoque, cum praescriptio satis demonstrata sit, et patientia omnino accesserit, non opus est, jus prohibendi ex parte senatus ulterius docere. Quod titulum denique locati attinet, neutiquam is demonstrari poterit; cum tributum, quod magistratui solvitur, locationis nomine non veniat. Et ponamus locationem hic subesse, non tamen jam in arbitrio civium erit, an inde recedere velint, an non, postequam per praescriptionem et longi temporis observantiam jam necessitatis factum, ne cives aliis, quam a senatu ad id destinatis cacabis braxare possint.

Hinc patet, a parte senatus satis abundeque probatum esse; jus cacabos habendi, ac ex illorum usu tributum exigendi, sibi soli competere.

CASUS VI.

De justitia restitutionis in integrum propter delatum domino juramentum calumniae.

SUMMARIA.

Facti species. n. 1. seq.
Quaestio. n. 3.
Rationes dubitandi. n. 4. seqq.
Rationes decidendi. n. 7. seqq.
Decisio. n. 13.

Sempronius subditus nobilis cujusdam pomerani a servitute personali seu proprietate, *von der Leibeigenschafft.* cui pater ipsius se pacto submiserat, se liberaturus, causatur, transactione praedio suo libertatem assertam, ac omnem nobilis praetensionem penitus praecisam fuisse. Lis haec, cum coram arbitris definiri, non posset, ad judicium electorale defertur, quod litem ita dirimit, ut nobilis quidem in possessione vel quasi earum praestationum, quas Sempronius solvere se ebatur, inque quas transactione consenserant, manuteneretur; contra vero in puncto servitutis delatum ipsi juramentum calumniae praestare obligatus esset. Quo cum nobilis se gravatum sentiret, quaeritur, an dicta gravamina sufficere possint ad restitutionis suspensivum remedium, quod in Pomerania contra omnes sententias gravantes usu receptum est, obtinendum?

Quamvis igitur satis abundeque certum sit, juramentum calumniae, si a parte delatum, remitti amplius non posse, sed praecise praestandum esse *l.* 2. §. 4. *cod. de jurejur. propt. calumn. dand.* dn. Praeses *introd. ad prax. cap.* 12. §. 2. Eo enim expresse remisso remitti videtur dolus futurus. B. Brunnem. *ad cit. leg. n.* 24. Hinc eo delato, sed non praestito, sententia est nulla, Klock. *vol.* 3. *cons.* 186. *n.* 1. *seqq.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 8.

Cum autem jura nostra illas personas a necessitate praestandi juramentum calumniae eximant, quibus reverentia debetur *l.* 7. *ff. de obsequ. parent. et patron.* Et inter illas in specie designent patronum *l.* 13. §. 14. *ff. de damn. inf. l.* 8. §. 5. *ff. qui satisd. cogant. l.* 16. *et* 34. §. 4. *ff. de jurejur. sive volunt.* B. Struv. *exerc.* 17. §. 73. Caroc. *de juram. lit. decisor. qu.* 13. *n.* 12. An patrono vero ad dominum respecto subditi optime argumentum deduci possit; inprimis cum et eo casu, quo non cum subdito, sed tantum cum famulo vel ministro conducto lis intercedit, juramentum calumniae domino ab ipsis deferri non possit, per tradita Mevii. *p.* 3. *decis.* 278. Hinc eo magis hoc locum habebit in illo subdito, qui non solum juramento fidem suam domino obligavit, sed etiam insuper jure proprietatis ipsi obstrictus est. Sicut et propter similem respectum hoc juramentum inter vassallum et dominum feudi cessat. 2. *feud.* 33. §. 1. Dn. Praeses *exam. jur. feud. cap.* 25. *qu.* 17. Rosenthal. *cap.* 12. *concl.* 13. *n.* 58. Rittershus. *de feud. lib.* 2. *cap.* 1. *qu.* 12. Jam autem ex facto ipso patet, Sempronii patrem et ipsum Sempronium per pacta se nobili subjectos fecisse, imo ipsum nobilem decreto magistratus in possessione defensum fuisse.

Hinc prono, quod ajunt, alveo sequitur, subditum se communibus juris regulis conformem praebere teneri, nec juramentum calumniae a domino suo exigere posse, et hinc dominum contra sententiam juramentum calumniae injungentem restituendum esse.

CASUS VII.

De domino ob delictum a famulo contra tertium citra ejus jussum commissum minus legitime punito.

SUMMARIA

Facti species. n. 1. 2.
Quaestio. n. 3.
Rationes dubitandi. n. 4. seq.
Rationes decidendi. n. 6. seqq.
Decisio. n. 17. 18.

In eodem libello Sempronius nobilem accusaverat, quod cum propter adulterium inculpatus fuga sibi consulere, ac extra carcerem contra delatores respondere nisus fuisset, privata auctoritate in alieno territorio per proprium, cui hoc commisisset, famulum prehendere ac compedibus vinctum in carcerem deducere ausus fuerit. Cum igitur a regimine ipsi multa 300. thalerorum injungeretur, ut famulum istum latitantem indicaret, nova exsurgebat controversia. Annon et contra hanc sententiam remedio restitutionis in integrum sibi consulere, et quatenus ipse ob hoc famuli sui factum conveniri posset?

Equidem ex juris nostri regulis non ignotum est, dominum teneri de facto famuli vel ministri, si in officio sibi commisso deliquerit. Gail. *lib.* 2. *obs.* 21. *n.* 6. Menoch. *de arbitr. judic. quaest. lib.* 2. *cas.* 390. *n.* 19. Carpz. *part.* 4. *const.* 17. *def.* 13. Et opinione doctorum inductum esse, ut delictum a servo commissum consensu domini perpetratum dicatur *Gloss. in cap. constitutis.* 45. *X. de testib.* Alexander. *lib.* 2. *cap.* 60. *n.* 5.

Verum enim vero cum liquido ab actore deduci non potuerit, nobilem famulo suo commisisse, ut fugiti-

vum in civitate aliena detineret, ac acto hoc turbativo
7 jurisdictionem civitatis violaret. Neque hoc ex gene-
8 rali mandato concludi legitime possit: mandatum enim quantumcumque generale sit, nunquam tamen est delicti inclusivum, sed potius praesumendum, quod sit delicti exclusivum. Menoch. *lib.* 4. *praesumpt.* 161. *n.* 26. B. Brunnem. *ad l.* 12. *ff. quae in fraud. credit.* Barbos. *lib.* 11. *cap.* 10. *axiom.* 17. Tusch. *concl.* 37. *lit. m.* Klock. *vol.* 1. *cons.* 37. *n.* 138. E contrario
9 jura potius dominum absolvant a delicto servi; quod ipso ignorante commissum. Menoch. *vol.* 1. *cons.* 53. *n.* 12. *seqq.* Carpz. *part.* 4. *const.* 17. *def.* 13 *n.* 5. *et*
10 6. Nobilis etiam se offerat, quod famulum ob perpe-
11 tratum facinus debitis poenis afficere velit. Id quod etiam optimo jure ipsi permittendum, cum remissiones delinquentium tantum in delictis capitalibus obtineant, ut ibi statuatur exemplum, ubi delictum commissum. B. Brunnem. *in process. inquis. cap.* 3. *n.* 11.
12 In poenis arbitrariis vero haec necessitas remittendi delinquentem nulla consuetudine introducta sit, Carpz.
13 *pract. crim. qu.* 110. *n.* 66. Sicuti et diuturno usu introductum, remissiones urbanitatis potius esse, quam necessitatis. B. Brunn. *cit. loc. n.* 8. Carpz. *cit. loc.*
14 *n.* 54. et hinc nobili huic sub poena fiscali injungi non potuerit, ut famulum fugitivum in judicio sisteret, cum alterius facto aliter onerari aut praegravari
15 non debeat. *l.* 155. *ff. de r. j. l.* 74. *eod. l.* 27. *in fin.*
16 *ff. de procur.* et sine culpa nemo condemnandus sit. *cap.* 23. *de r. j. in* 6*to.*
17 Hinc non tantum nobilis juste restitutionem in integrum petere potest, sed etiam a poena ipsi ob fa-
18 muli factum imposita liberandus omnino erit, modo se juramento purgasset, quod citra voluntatem suam fugitivum illum propria auctoritate famulus ita apprehenderit cum injuria illius civitatis, ubi degebat.

CASUS VIII.

De consensu unius feudi domini in debita vassalli ad feuda in alterius territorio sita non extendendo.

SUMMARIA

Facti species. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 5.
Rationes dubitandi. n. 6. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 15. *seqq.*
Decisio. n. 53.

1 Decedit nobilis quidam splendidis bonis feudalibus instructus, sed nulla prole relicta, tantum vidua su-
2 perstite. Haec cum propter dotem et illata feuda agnatis cedere nollet, negotium judicio commissum et controversia ita decisa fuit, ut vidua propter praetensiones suas domini feudi et agnatorum consensu manitas in omnibus bonis, qualiacumque tempore mortis
3 mariti fuerant, manuteneretur. Verum uti decisio unius controversiae alteri facile ostium praebet, ita et praesenti casu contingit: quippe possederat defunctus bona feudalia, quae a diversis feudi dominis recognoscere necessum habebat, et is, in cujus territorio pingue aliquod praedium feudale situm erat, in pacta cum
5 uxore inita non consenserat; hinc declaratio sententiae ab agnatis petita fuit, an viduae aeque in hoc ac in aliis feudis, in quorum hypothecam dominus consenserat, jus retentionis competat, et in ea judicis decreto manutenenda sit?

Quamvis itaque verba sententiae generaliter fuerint 6
concepta, ut hinc ad omnia bona, quae maritus reliquerat, extendenda videantur; et agnati sibi habeant, 7
quod imputent, quod vires rei judicatae appellatione 8
non suspenderint, id cum non factum, sententia vim legis et juris nacta, quippe ex vulgato practicorum asserto, sententia ex albo nigrum, et ex nigro album facit. *arg. l.* 25. *ff. de statu homin. l.* 3. *de agnoscend. lib. cap.* 13. *x. de re jud.* Menoch. *lib.* 2. *praes.* 67. *n.* 48. Vultej. *vol.* 3. *cons. marp.* 29. *n.* 3. Interest enim reip. ut tandem lites sopiantur, ne resuscitatae immortales existant. *l. properandum* 13. *cod. de* 9 10
judic. Accedebat et hoc, quod sententia haec variis decretis manutenentiae confirmata fuerit, unde viduae jus quaesitum, cujus tanta est efficacia, ut nec a principe tolli possit. *l.* 4. *cod. de emancipat. liberor.* Inprimis 11
cum propter illata bona dotalia et paraphernalia ab illo principe, sub quo habitaverant, confirmationem hypothecae in omnibus mariti bonis constitutam obtinuerat. Hypotheca autem generalis se extendit ad 12
omnia bona ubicumque etiam sita sint. *l.* 17. *cod. de distract. pignor.* Lauterb. *comp. jur. civ. tit de pignor. et hypothec. p. m.* 420. Struv. *syntagm. jur. civ. ex.* 26. §. 20 Denique et agnatus ipse consenserat 13
in obligationem viduae propter dotem et illata concessam, cujus filius cum haereditatem patris adierit, 14
ejus factum impugnare non poterit, *l.* 14. *c. de r. v.* Pinell. *de bon. matern. part.* 3. *n.* 79.

Verum cum dicta sententia nihil de pago in alterius 15
principis territorio sito disponat, cujus in libello nulla etiam facta mentio; sententia autem ei conformis esse debeat. Lauterb. *tit. de re judic. p.* 578. ibique dn. Praeses *in not.* Carpz. *part.* 1. *const.* 26. *def.* 8. *n.* 1. Dn. Pagenstecher. *hoc. tit. manip.* 1. *sicil.* 95. *p.* 96. Deinde etiam pagus iste diversae plane a reliquis 16
conditionis sit, utpote qui ab alio feudi domino concessus, qui dominus domicilii consensu suo in hypothecam generalem praejudicare non potest. *arg. l. ult. ff. de jurisd.* Accedit, quod feudum istud non amplius 17
ordinariis feudi successoribus aut agnatis jure successionis relictum sit, sed ad feudi dominum propter neglectam petitionem renovationis simultaneae investiturae reversum, et ita agnatorum jus plane expiraverit. 2. *feud.* 24. *pr.* Dn. Praeses *exam. jur. feud. cap.* 23. *qu.* 41. *cap.* 17. *qu.* 15. Adeo enim haec reno- 18
vatio investiturae necessaria est, ut ejus neglectus praecipua causa amittendi beneficii dicatur ab Oberto 2. *feud.* 24. Anthon. *jur. feud. disputat.* 8. *tit.* 4. *lit. a.* E contrario praesenti vassallo dictus pagus a feudi 19
domino iterum feudi nomine concessus, ut ita non tam ex jure defuncti, quam titulo singulari, ex nova se. domini concessione jus in pagum istum consecutus 20
sit: et sic tamquam successor singularis seu particularis ad onera antecessoris sui sustinenda non teneatur, *l.* 14. *c. de r. v.* Ex cujus enim persona agnatus nullum sentit commodum, ejus factum praestare 21
non tenetur *l.* 149. *ff. de r. j.* Hinc in casu nostro 22
verba generalia restringenda sunt ad terminos habiles, ad evitandam absurditatem. Card. Tusch. *pract. concl. lit. v. concl.* 130. *et* 131. Surd. *dec.* 112. *n.* 2. Imo ita restringenda, ne tollatur jus tertii, quod 23
aliunde habet. Oldradus *cons.* 268. *n.* 5. *vers. nunc.*

24 *ad rationes.* Et quamvis sententia antea lata pagi illius mentionem in specie injecerit, ex errore tamen facti et ex defectu sufficientis instructionis et proba
25 tionis adductae traxisset originem. Quando vero ex errore lata sententia, tunc, errore detecto, illa nullam habet efficaciam. Gail. *lib.* 2. *obs.* 111. *n.* 76. Mynsing. *lib.* 6. *obs.* 35. Sebastian. Medices *de cusib. fort.*
26 *part.* 1. *qu.* 2. *n.* 24. Sicut et ex noviter deductis patet, exceptiones maxime relevantes respectu pagi istius in promptu esse, quae in actis prioribus nunquam ad-
27 ductae. Quarum una est exceptio consensus a domino feudi non impetrati, et inde deficientis obligationis
28 feudi ipsius ab illo dependentis. Altera exceptio caducitatis feudi, et eapropter a praesente possessore
29 impetrati novi tituli. Quarum utraque tantae est efficaciae, ut petitum viduae ex eoque dependens jus retentionis respectu istius pagi plane tollant, atque an-
30 nullent. Jam vero juris est notissimi, quod omnes exceptiones, quae ostendunt, obligationem nondum esse natam, vel ipso jure extinctam, etiam post rem judicatam in ipsa executione opponi possint. Zanger. *de except. part.* 3. *c.* 26. *n.* 77. *seqq.* B. Brunn. *process. civil. cap.* 16. *n.* 4. *limit.* 4. Praecipue cum hae
31 exceptiones non sint altioris indaginis, sed in continenti per productionem instrumentorum ex curia feudali probari possint. Zanger. *d. l. n.* 115. *et* 123.
32 Carpz. *process. tit.* 25. *art.* 6. *n.* 49. Nec etiam hae exceptiones antea in judicium deductae fuerint. Carpz. *d. l. art.* 6. *n.* 53. *et lib.* 2. *resp.* 3. *n.* 23. *seqq.*
33 Adeo, ut sententia, quae in rem judicatam transiit, illis exceptionibus non quidem impugnetur, utpote
34 quod ante elapsum decendium fieri oportuisset. *nov.* 23. *cap.* 1. Dn. Praeses *introd. ad prax. cap.* 23. §. 15. sed tantum modificetur eum in finem, ut nimirum jus retentionis viduae in omnibus reliquis bonis salvum maneat, et res judicata firma fruatur incolumi-
35 tate. Qualis sententiam et ejus executionem modificans exceptio semper admitti debet. Dn. Praeses *c. l.* §. 2.
36 Klock. *vol.* 2. *cons.* 99. *n.* 34. Hinc si vidua fundatam sibi adhuc in pago eo alterius territorii retentionem postulandi intentionem superesse existimet, actionem desuper instituere necessum habebit in curia feudali illius proviuciae tamquam foro ordinario. 2. *feud.* 55. §. *fin.* Dn. Praeses *exam. jur. feudal. cap.* 25. *qu.* 3. B. Struv. *syntag. jur. feud. cap.* 16. *th.* 5.
37 Anthon. *disp* 14. *th.* 1. Interim tamen ob liquidum jus vassalli praesentis et nondum liquido deductam petitionem viduae illa a perceptione fructuum istius pagi arcenda erit, et horum usum liberum novo vassallo re-
38 linquere debet. Ubi enim non est petitio, ibi cessat retentio, nec tali casu agnatus a feudi possessione arcendus et excludendus erit. Mev. *part.* 2. *d.* 115. *n.*
39 5. *et* 6. Cum itaque jus retentionis praetensae evanescat, et inde orta perceptio fructuum ad non causam redigatur, exinde patet, illam fructus hactenus indebite percepisse, et ita vassallo summo jure condictionem indebiti ad repetendos fructus hucusque perceptos
40 competere. Haec enim actio tunc quoque locum habet, quando quis indebite possessionem nactus est. *l.* 15. §. 1. *ff. de cond. indebit.* B. Brunnem. *ad cit. l. n.*
41 4. Struv. *syntagm. jur. civ. exercit.* 18. *th.* 44. Et illa quoque, quae debebantur, sed perpetua exceptione elidi poterant, condici possunt. *l.* 40. *ff. de cond. in-*
42 *deb.* Neque etiam auctoritas rei judicatae attendi debet, cum novae hae plane sint exceptiones, quae etiam post rem judicatam in executione opponi possunt. *per ant. cit. add.* Berlich. *part.* 1. *concl.* 84. Sicut nec 43
decreta priorem sententiam secuta ulteriorem vim habere possunt, quam ipsa sententia. Sublato enim prin- 44
cipali fundamento tolluntur omnia ei superstructa. Card. Tusch. *lit. f. concl.* 513. Accessorium enim sequitur 45
naturam principalis. *cap.* 42. *de r. j. in* 6*to.* B. Brunnemann. *ad cit. cap.* §. 1. Et quamvis pactis dotalibus
consensus domini generalis in securitatem sponsae ac- 46
cesserit, non tamen alia feuda afficere poterit, quam quae directioni ac territorio domini feudi subsunt. Generalis enim dispositio non trahitur ad ea, quae 47
disponenti sunt impossibilia. Cort. Jun. *cons.* 294. *n.* 71. Impossibile vero est feudum alienum per in- 48
terpositionem consensus obligare, cum nec statuta nec leges se extendant ad immobilia sub alio principe vel in alio territorio sita. *cap.* 2. *de constit. in* 6*to. cap.* 21. *x. de sentent. excommun. dd. in l. fin. ff. de jurisd.* Carpz. *p.* 2. *const.* 14. *def.* 53. *n.* 7. Imo si 49
nequidem domini mediati consensus sufficit ad feudi obligationem, sed requiritur consensus domini immediati. Kohl. *de subfeudis c.* 4. *n.* 45. Hartm. Pistor. *l.* 2. *p.* 2. *qu.* 45. *n.* 13. *seqq.* quomodo sufficere posset illius consensus, qui plane nullum jus in feudo habet? Neque etiam consensus agnati positis his ter- 50
minis quicquam operari poterit, cum illius jus per caducitatem expiraverit, et vassallus, qui in possessione est, non jure patris defuncti, utpote qui moriens nullum jus habuit, sed jure proprio ex speciali gratia principis feudum istud condicat. Qualis novus possessor, qui 51
causam a principe habet, nulla alia debita solvere tenetur, quam ad quae princeps de novo concedens obligabatur, cum hujus jure tantum utatur. B. Brunnem. *cent.* 3. *dec.* 12. Princeps vero non consentiens plane 52
non obligatur, ergo nec donatarius principis. B. Struv. *syntagm. jur. feud. cap.* 14. *th.* 21. *n.* 2.

Juri itaque consonum existimo, sententiam priorem 53
et inde ortum jus retentionis non ulterius extendi posse, quam ad illa bona, quae in principis consentientis territorio sita fuerunt, nec viduae jus competere hac in parte rei judicatae innitendi, sed si existimaverit, sibi ratione istius feudi justas praetensiones competere, possessorem in domini feudi curia convenire debere.

CASUS IX.

De impedita praescriptione per tempora belli.

SUMMARIA

Facti species. n. 1. *seqq.*
Quaestio n. 3.
Rationes dubitandi. n. 4. *seqq.*
Rationes decidendi n. 11. *seqq.*
Decisio. n. 41.

Mevius a Sempronio mercatore cujusdam civitatis 1
Pomeraniae merces pro 265. thaleris ante adhuc exortum bellum tricennale accepit, et tamdiu solutionem distulit, donec usurae ad alterum tantum excrescerent. Cum itaque Sempronii haeredes sortem cum usuris a 2
Mevii haeredibus exigerent, hi exceptione praescriptionis plus quam quadragenariae se tueri conabantur, non obstante belli tempore. Hinc quaestio oritur, an haere- 3

dus Sempronii nihilominus salvum jus habeant, sortem istam cum usuris a Mevii haeredibus exigendi, et an praescriptio, quam opponunt, ipsis prodesse possit?

4 Quamvis itaque Mevii haeredes se liberos a petitione ista existiment, cum praescriptio quadragenaria Sempronii haeredibus obstare videatur, utpote iutra quantum tempus actionem illam non moveriut, et praescriptionem interruperint: tanto autem tempore omnem actionem personalem expirare juris sit manifestissimi. *l. sicut.* 3. *cod. de praescript.* 30· *annor. et seqq.* B. Brun. *ad cit. l. n.* 1. Lauterb. *comp. jur. civ. tit. de divers. temp. praescript. pag.* 674. Neque huic praescriptioni impedimento esse possiut belli tricennalis tempora, cum judicia in Pomerania nunquam clausa fuerint: tunc vero demum belli tempora impediant praescriptionem, si jus omnino non dicatur Wesenbec. *ad tit. ff. de usucap. n.* 14. Carpz. *decis.* 116. *n.* 10. Imo etiam ex tanti temporis lapsu solutio praesumi possit, siquidem cum Mevius ante mortem suam inter liberos nomina passiva aequaliter dividisset, nulla hujus debiti facta fuisset mentio. Imo, qui tamdiu creditum petere distulit, solutionem accepisse videtur. Menoch. *lib.* 3. *praes.* 135. *n.* 3. Freyer *de solut. cap.* 11. *m.* 4. *n.* 74. Denique accedit favor liberationis, ad quem jura promiora sunt, quam ad obligandum. *l· Arrianus.* 47. *ff. de obl. et act.*

11 Verum cum petitio actorum justo ac legitime confecto
12 libro mercatorio nitatur. Quali libro in iis, quae ad mercaturam pertinent, fidem habendam esse demonstrat
13 Carpz. *part.* 1. *const.* 17. *def.* 35. *seqq.* Et praxi moderna observari testantur B. Brunn. *ad l.* 9. *ff. de edendo*
14 *n.* 6. et Struv. *exerc.* 28. *th.* 25. Cum quisque, qui sine chirographo merces vel pecuniam a mercatore accipit, in id videatur tacite descendere, ut mercator libro suo inscribat, quem postea fide dignum reputare necessum
15 habet. B. Brunn. *ad l.* 6. *cod. de probat. n.* 2. Hinc debitum istud liquidum reputandum erit, praecipue cum defuncti morte fuerit confirmatum, per trad. Marquard. *de jur. merc. lib.* 3. *cap.* 9. *n.* 27. Mevius *ad jus lubec. lib.* 5. *tit.* 6. *art.* 4. *num.* 30. Struv. *exerc.* 28. *th.* 25.
16 Hinc constat, quod debitor in manifesta mala fide fuerit, cum scivit se esse debitorem, hoc enim factum proprium ignorare non potuit. *l.* 7. *ff. ad sctum vellej.* et
17 quisque eorum memor censetur, quae fecit. Gothofred. *in not. ad l. lit. s. per text. in l.* 31. *ff. de adim. et transf. legat. l.* 12. *cod. de contr. et commit. stipul.* add. dn. Praes. *tr. de jur. sens. dissert.* 9. *cap.* 2. *num.*
18 22. Qui vero in mala fide est, nullo unquam tempore
19 praescribit. *cap. vigilanti.* 10. *de praescript.* Quod pariter in praescriptione longissimi temporis seu actionum hodie obtinet. Carpz. *lib.* 1. *resp.* 33. *n.* 8. Balthas.
20 *resol. bavar. tit.* 9. *resol.* 6. *n.* 13. Huc accedunt belli tempora, quae in favorem creditoris omnino computanda sunt. *cap.* 10. *x. de praescript.* Berlich. *part.* 3. *con-*
21 *cl.* 5. *n.* 5. Praecipue autem hoc post bellum tricennale dubio vacat, ubi *per recess. imp.* 1654. §. 172. expresse constitutum, tempora totius belli in praescriptione debiti non computanda esse. per illustr. dn. de Rhet. *in-*
22 *stit. jur. publ. lib.* 2. *tit.* 30. §. 1. *et* 2. Neque vero obesse poterit, quod dd. alias communiter in ea opinione versentur, quod belli tempora tunc demum deducenda sint, si jus plane non fuerit dictum, siquidem jam non de eo quaestio est, quid in terminis juris romani obtineat, sed quid secundum recess. imp. noviss. juris sit.
23 Jam vero recessus imperii concedit belli tempora detrahenda esse, non adjecta restrictione, an jus fuerit dictum, an minus. Lex ergo, cum generaliter loquatur, ge- 24
neraliter etiam est intelligenda. *l.* 8. *ff. de publ. in rem action.* B. Brunn. *ad cit. l.* Imo si hoc concederetur, di- 25
spositio recess. superflua et otiosa futura esset. Nihil 26
enim amplius concederet, quam quod jam ex communis juris principiis permissum fuerat Jam vero ex contextu 27
recessus notum est, quod novo beneficio succurrere voluerint peciscentes iis, qui per belli calamitates juris sui deliquium passi fuerant. Ideoque verba ista simpli- 28
citer et uti sonant, intelligenda sunt, sicuti eum hoc modo etiam accipit Mevius *part.* 4. *dec.* 311. *n.* 3. et ita pronunciatum probat Textor. *ad recess. imp. noviss. disp.* 14. *th.* 45. Imo etiam sereniss. elector brandenburgicus speciali rescripto an· 1671. die 28. jan. promulgato, ut in omnibus judiciis brandenburgicis secundum dictum recessum pronunciaretur, et hoc etiam in specie ju- 29
dicio camerali observandum injunxit. Id quod eo magis 30
locum habet cum subditis Pomeraniae ulterioris, si contra subditum Pomeraniae citerioris actionem instituant, ut belli tempora secundum ordinationem recessus imp. detrahantur. Ideoque idem juris Pomeranis citerioris ter- 31
ritorii statuendum erit. Eo enim jure, quo quis pro se 32
utitur, eodem ut alter contra ipsum utatur, justum aequumque est. *t. t. ff. quod quisque juris, arg. l. cum Papinianus* 14. *cod. de sent. et interloc.* Et quotiescumque 33
inter diversas provincias in jure dicendo est inaequalitas, toties locus est juri retorsionis. B. Brunn. *ad l.* 13. *ff. quod quisque juris num.* 5. Carpz. *part.* 3. *const.* 38. *def.* 1. *n.* 4. *et part.* 1. *dec.* 23. *n.* 17. Tandem cum so- 34
lutio facti sit, praesumi non poterit, sed ab allegante liquido est probanda. Lauterb. *comp. jur. tit. de solut. p.* 643. *ibique.* dn. Praes. *in not.* Neque vero praesumi po- 35
terit, Sempronium, cum solutionem 34. thalerorum a Mevio factam in diario suo annotasset, plenariae solutionis nullam facturum fuisse mentionem, praecipue cum pro mercatore tamquam viro bono stet praesumptio, quae semper vergit in meliorem partem, donec probetur contrarium. *l.* 51. *ff. pro socio.* Lauterb. *comp. jur. tit. de probation. p.* 425. *ibique* dn. Praes. *in not.* Neque etiam 36
a debitore facta distributio nominum passivorum inter liberos, ac ibi neglecta mentio Sempronii praesumptionem solutionis gignere potest, cum creditori non praejudicet, etiamsi debitor defunctus expresse dixisset, se nihil Sempronio debere. Nihil enim valet confessio de- 37
bitoris moribundi in praejudicium creditoris, etiamsi sit jurata *nov.* 48. *c.* 1. *auth. quod obtinet. cod. de probat.* dn. Praes. *dissert. de morte loco jurisj. cap.* 2. §. 8. Rittershus. *ad nov. part.* 6. *cap.* 9. *n.* 6. Denique nec 38
favor liberationis prodesse debitori potest, cum jura ne- 39
mini faveant cum alterius injuria, sed ita suum cuique 40
tribuant, ut non distrahatur ab alterius justiori petitione. *l.* 31. *ff. depositi.* Hinc judicatum fuit, debitoris hae- 41
redes creditoribus ad sortem cum usuris ad alterum tantum solvendam compellendos esse.

CASUS X.

Qui ex mandato solvit decoctori, quem talem ignorat: liberatur juramento.

SUMMARIA

Facti species. n. 1. *seqq.*
Quaestio n. 5.

An solutio probata. n. 6.
Decisio. n. 21.

1 Mercator quidam hamburgensis octo arcas linteo silesiaco impletas Martino commiserat, ut has merces in portu Gaditano in Hispania venderet, et pretium vel remitteret, vel certo mercatori Hispano Sempronio solveret. Vendidit Martinus haec lintea pro 1050. thlr. Sed
2 cum mercator hamburgensis pretii solutionem ab ipso
3 urgeret, hic vero se juxta mandatum mercatori Hispano Sempronio pecuniam solvisse per ejus quietantiam doceret, actor autem illi solvi non debuisse urgeret, cum tempore solutionis jam decoxisset; mandatum vero omne intelligendum esse rebus sic stantibus. *l.* 38. *ff. de solut.* Barbosa *tr. de clausulis claus.* 129. *num.* 2. Carpz. *part.* 2. *const.* 30. *def.* 46. *et const.* 35. *d.* 23. condemnatus in judicio hamburgensi fuit ad pretium istud solvendum; cum autem reus revisionem peteret, et ignoran-
4 5 tiam fallimenti seu decoctionis Sempronii allegaret, dubitatum fuit, annon reformanda esset haec sententia?

6 Duo autem hic potissimum disputabantur. An Martinus, se Sempronio pecuniam illam solvisse, satis probaverit? Producebatur ad fidem solutionis faciendam
7 quietantia mercatoris Hispani, cui fides eapropter derogebatur, quod falliti testimonio credendum non sit, imo nec debitor testis esse possit pro creditore suo. Carpz.
8 *p.* 1. *const.* 16. *d.* 67. Accedebat, quod annus et dies in illa quietantia non fuerit expressus, quod suspicionis indicium praebere solet.

9 Cum autem mercator hamburgensis instrumentum quoddam in portu Gaditano confectum produceret, in quo inter alia Sempronius jurato deposuerat, se vi mandati pecuniam accepisse, nec huic puncto tempore pro-
10 ductionis contradixerat: juris autem certi esset, quod omne instrumentum in judicio productum per producentem censeatur approbatum. Carpz. *p.* 1. *c.* 17. *d.*
11 7. *n.* 1. et plures ibi alleg. Et quietantia illa juramento confirmata ex solo defectu anni et diei vitiari nequeat, cum in instrumentis privatis horum expressio necessaria non sit. *l.* 34. §. 1. *ff. de pignor.* Bornit.
12 *de instrum. lib.* 1. *cap.* 23. *pag.* 101. Sicut et alias in solutione probanda sufficit, quod solutio facta sit, etiamsi testes desuper producti in loco et tempore variaverint
13 Carpz. *p.* 1. *c.* 16. *d.* 41. *n.* 7. Hinc probatio haec pro sufficienti reputata fuit.

14 Porro disputabatur, an justa Martini sit excusatio, allegantis ignorantiam, quod tempore solutionis nesci-
15 verit, Sempronium decoxisse? Et videbatur quod non, cum ejusmodi fallimenta mercatorum numquam occulta maneant, sed facile per ora vulgi disseminentur.

16 Verum enim vero, cum Martinus noviter demum Gadetum venisset, et vi mandati sui ad pecuniam Sempronio solvendam obligatus esset, Sempronius vero loco
17 et statione sua nondum discessisset, et multorum opinione pro idoneo adhuc reputaretur, nihil imputari potest Martino, quod vi mandati sui Sempronio bona fide pe-
18 cuniam exsolverit. Scientia etiam et ignorantia ejusmodi res est, quae in animo consistit, qualia quae sunt, juramento asserentis explorari debent, Seraphin. de Seraph. *de privil. juram. privil.* 1. *num.* 3. Mascard. *de*
19 *prob. vol.* 1. *concl.* 94. *n.* 4. Nec per testes unquam probari poterit, quid aliquis in animo habuerit. Alciat.
20 *de praesumpt. pr.* 13. *reg.* 3. Martinus quoque se ad illud praestandum obtulit, nec bona fides petitur, idem bis exigi. *l. bona fides* 57. *ff. de r. j.*

Hinc sententia prior ita reformanda est, ut si reus me- 21
diante juramento confirmasset, se tempore solutionis nullam plane notitiam fallimenti Sempronii habuisse, sed etiam bona fide solvisse, absolvendus esset.

CASUS XI.

An per portionem pactis dotalibus assignatam, hac lege, ut residuum proximis cognatis sine exceptione restituatur, superstes a successione liberorum exclusus sit?

SUMMARIA

Facti species. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 4.
Rationes dubitandi. n. 5. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 14. *seqq.*
De duplici quarta. n. 22. *seqq.*
Pacta dotalia an prosint tertio? n. 25. *seqq.*
Decisio. n. 36.

Christianus civis hamburgensis, cum Elisabetham uxo- 1
rem duceret; talia pacta dotalia iniit: ut, si contingeret, sponsam ante christianum sine relicta prole decedere, ipse 2000. marcas retineret, et reliqua bona cognatis uxoris suae restitueret; quodsi vero liberos relinque- 3
ret, illi tamen sine haeredibus post mortem matris decederent, tunc maritus ex omnibus, quae dotis nomine uxor in eum transtulerat, bonis 4000. marcas cognatis defunctae uxoris sine omni exceptione restitueret. Cum itaque ultimus hic casus contingeret, quaerebatur: an vi pactorum dotalium maritus superstes a successione liberorum sit exclusus, et dictas 4000. marcas cognatis tradere teneatur? 4

Quamvis itaque notum sit, pacta dotalia in succes- 5
sione conjugum inprimis attendenda esse. dn. Praeses. *de caut. testam. cap.* 3. §. 18. Carpz. *part.* 2. *const.* 43. *def.* 1. Berlich. *part.* 2. *concl.* 51. *n.* 1. Kohl. *de pactis dotalibus. part.* 2. *n.* 71. *et* 81. Adeo ut ejusmodi pacta 6
portioni statutariae praejudicent. Mev. *ad jus lubecens. part.* 2. *tit.* 2. *art.* 12. *n.* 54. *seqq.* Sicut et ex illis 7
tam validum jus nascitur, quod ab uno contrahentium nulla contraria dispositione interverti potest. Carpz. *part.* 3. *const.* 7. *def.* 19. *et seqq. et part.* 2. *const.* 43. *d.* 1. *n.* 11. Inprimis si, ut praesenti casu contigit, 8
per modum contractus constituta fuerint. Carpz. *cit. n.* 11. Porro et illa, quae in pactis his in eum casum di- 9
sposita sunt, si liberi post mortem matris decedant, nimirum ut 4000. marcae cognatis uxoris restituerentur, fideicommissi speciem in se continent, quae secundum mores Germaniae non solum in testamentis, sed pactis etiam et contractibus constitui possunt. Klock. *vol.* 2. *cons.* 17. *n.* 7. Masculus *de success. convention. memb.* 1. *class.* 1. *concl.* 3. *n.* 83. Gail. *lib.* 2. *obs.* 126. *n.* 9. Borchold. *de transact. cap.* 3. *n.* 1. *et* 2. Id quod 10
eo magis locum habet, quando non de tota haereditate, sed de certa bonorum quantitate in alterum transferenda agitur. Fusar. *de substit. qu.* 308. *n.* 68. *et seqq.* Roseuth. *de feud. cap.* 7. *concl.* 25. *in not. lit. dd.* Knipschild. *de fideicommiss. cap.* 6. *n.* 34. Sicut nec chri- 11
stiano prodesse potest, quod tunc, cum in nuptiis contrahendis ipsi multae crearentur difficultates, haec pacta contra voluntatem inierit, et ipse tamquam pistor

nullam juris habuerit cognitionem, ideoque existimaverit, ea omnia, quae ipsi proposita fuerunt, juri con-
12 formia esse. Siquidem, quod primum attinet, ejusmodi metus, quod alias sponsa non potiretur, minime pro justo reputandus erit, et utut justus fuisset, intra quadriennium a tempore pactorum a christiano querela moveri debuisset, cum tanto tempore expiret restitutionis petitio. *l. fin. cod. de tempor. in integr. restit.* Klock.
13 *vol.* 3. *cons.* 168. *n.* 18. *ibique alleg.* Et quod ad alteram excussionem ignorantiae juris spectat, in vanum haec allegatur, cum peritiores consulere *l.* 9. §. 3. *ff. de juris et fact. ignor.* et adhibita diligentia illam removere potuisset. Klock. *tom.* 2. *cons.* 51. *n.* 92.

14 Verum cum patri christiano ex bonis liberorum secundum jura notissima sine dubio legitima competat. *nov.* 18. *cap.* 1. *et nov.* 115. *cap.* 4. dn. Praes. *caut.*
15 *testam. cap.* 17. *m.* 1. §. 18. Haec autem nulli gravamini vel oneri fideicommissario subjici possit. *l.* 32. *cod. de inoff. test.* Fusar. *de fideicomm. substitut. qu.*
16 296. *n.* 14. Cui juri petendi legitimam pater neutiquam pactis his dotalibus renunciasse censendus est.
17 Quamquam enim renunciationem generalem omnium beneficiorum contineant, nequaquam tamen verba generalia ad casum speciali jure munitum extendi pos-
18 sunt. Quippe nunquam generalis renunciatio extendenda est ad illa, quae speciali expressione opus habent. Klock. *vol.* 2. *cons.* 84. *n.* 2. Pruckmann. *vol.* 1. *cons.*
19 8. *n.* 174. Wesenb. *cons.* 42. *n.* 53. *seqq.* Unde in specie infertur, quod, etiamsi quis successioni generaliter renunciaverit, non tamen legitimae renunciasse censeatur. dn. Praes. *de caut. testam. cap.* 17. *m.* 3. §. 7. Tiraquell. *ad l. si unquam in princ. n.* 139. *et n.* 155. *cod. de revoc. donat.* Vasquius *de succes. lib.* 2. §. 18. *n.* 106. Dauth. *ad cap. quamvis de pact. in* 6to. *n.* 83. Dallner. *de renunciat. cap.* 2. *n.* 56.
20 Debet enim renunciatio legitimae specialis esse et expressa. Galerat. *de renunc.* 47. *n.* 6. *et seqq.* Hinc christianus sine omni dubio a bonis liberorum cognatis
21 tradendis legitimam detrahere potest. Deinde etiamsi fideicommissum hoc casu subesse demonstrari posset, pater tamen christianus pro gravato per fideicommissum reputandus esset, ubi ultra legitimam trebellianicam
22 ea ipsi adhuc relinquenda erit. Sicut enim filius, fideicommisso gravatus tam legitimam quam trebellianicam deducere potest. *cap. Raynutius et Raynaldus x. de testam.* dn. Praeses *saepius cit. tr. de caut. testam. cap.* 21. *m.* 2. §. 16. *in med.* Mantica *de conject. ult. vol. lib.* 7. *tit.* 11. *n.* 6. Decius *consil.* 299.
23 *n.* 3. Carpzov *part.* 3. *const.* 1. *def.* 21. Ita pariter hoc quoque obtinet, et pater hoc onere gravatus sit, quod et legitimam et trebellianicam detrahere possit. Covarruv. *ad d. cap. Raynutius* §. 11. *n.* 11. Mangil. *de imputat. qu.* 1. *n.* 11. *et* 22. Petr. Ant. de Petra. *de fideicomm. qu.* 15. *n.* 74. Molin. *lib.* 1. *de primogenit. cap.* 17. *n.* 5. Carvalho. *de quartis part.* 1. *n.*
24 114. Hinc christiano, posita validitate fideicommissi conventionalis, duplex detractio, legitimae sc. et trebellianicae denegari nequit, et inde dimidium 4000. marcarum de jure retinere potest. Quoad reliquas 2000. marcas autem grave dubium adhuc subest, an ab uxo-
25 ris cognatis valide peti possint? Siquidem, quod supra de vigore pactorum dotalium dictum fuit, tantum ad
26 conjuges paciscentes applicandum est: cum notum sit pacta se non extendere ultra paciscentes et tertium ex tali pacto jus sibi vindicare non posse. §. *alteri* 18. *inst. de inutil. stipul. l.* 38. §. 17. *ff. de v. o.* Et 27
quamvis Elisabethae tunc temporis sponsae frater pacta nomine suo subscripserit, non tamen in illis expressum, cum illo de hac restitutione bonorum post mortem liberorum quicquam actum fuisse, aut ipsum hanc in favorem suum acceptasse. Quae acceptatio omnino 28
necessaria est, si quis jus ex pacto vel promissione sibi acquirere velit, cum utriusque consensu opus sit. *l. in omnibus* 55. *ff. de obl. et act.* Zoes. *ad tit. ff. de donat. n.* 23. Quippe nulla donatio valida est, nisi a 29
donatario fuerit acceptata. *l.* 10. *ff. de donat.* Struv. *ad tit. de donat. th.* 8. Adeo ut etiamsi a tertio acce- 30
pta sit, nullius reputetur efficaciae. Carpz. *part.* 2. *const.* 12. *def.* 20. Sicut et haec acceptatio in dona- 31
tione mortis causa adsit necesse est, dd. *in l.* 38. *ff. de donat. mort. caus.* Verum sicut hae rationes omni- 32
no verae sunt et actores repellunt, si in pactis dotalibus solis fundamentum intentionis reponant, ita aliud obtinebit, si fideicommissum hoc casu legitime consti- 33
tutum esse docere possint; nam ex fideicommissis etiam absentem jus agendi consequi, probavit Fusar. *de substit. fideicom. qu.* 14. *n.* 4. quod praecipue obtinet, si fideicommissum expresse in favorem familiae constitutum, de quo pluribus vid. dn. Praes. *de caut. test. cap.* 21. *m.* 1. *pag.* 878. Sunt enim pacta in favorem fa- 34
miliae inita favorabilia; praesens vero pactum utpote patrem legitima liberorum privans non favore sed odio dignum est, ideoque nulla pro ejus validitate militat 35
praesumptio. Hinc in dubio contra illud pronunciandum est, sicut in dubio praesumitur fideicommissum non extare. Menoch. *de praes. lib.* 4. *praes.* 67. *n.* 20. Peregrinus *de fideicom. art.* 1. *n.* 38. *et* 40. Mascard. *de probat. concl.* 775. *n.* 2.

Ex quibus patet, hic nullum fideicommissum validum 36
subesse, nec christianum quicquam ex haereditate liberorum restituere teneri, aut ad minimum legitimam et trebellianicam retinere posse.

CASUS XII.

De jure retractus conventionalis in casu alienationis in aliquem ex liberis.

SUMMARIA

Facti species. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 3.
Rationes dubitandi n. 4. *seqq,*
Rationes decidendi. n. 8. *seqq.*

Titius mutuo dedit Semproniae 3000. thaleros sub 1
hypotheca omnium bonorum, et in specie sibi stipulatus est jus retractus in casu alienationis aedium hypotheca affectarum. Cum itaque Sempronia aedes istas 2
filiae suae pro 5500. thaleris venderet, et Titius ea occasione jus suum ex convento jure retractus quaesitum persequi vellet; quaerebatur, an Titius hoc jure retra- 3
ctus etiam contra filiam uti posset?

Quamvis itaque obstare videatur, quod Sempronia ae- 4
des suas non in extraneum, sed in filiam suam transtulerit, ad quam nihilominus aliquando jure haereditario pervenissent; cum liberis naturae simul ac paren- 5
tum commune votum haereditatem paternam tribuat, *l.* 7. *in fin. ff. si tabul. null. testam. ext. l.* 7. *pr. ff. de bon. damn.* dn. Praeses *tr. de success. ab in-*

6 *test. diss.* 1. *cap.* 2. §. 1. Jus etiam retractus conventionalis tunc demum proprie locum habeat, si domus tali modo hypothecae data in extraneum transferatur: 7 praecipue cum pro parentibus militet praesumptio, se liberis nullum illaturos esse praejudicium, per tradita Carpz. *part.* 2. *const.* 32. *def.* 19.

8 Verum cum in hoc casu jus retractus non in nuda et simplici conventione subsistat, sed emptori etiam respectu juris protimiseos aedes hypotheca affectae sint 9 ut ita, quae Carpzov. *d. l.* adduxit; de retracto con- 10 ventionali, hic neutiquam locum habeant. Siquidem notum est, quod simplex conventio rem ipsam non afficiat, sed tantum personam promissoris. *l.* 3. *ff. de* 11 *obl. et act.* b. Brunn. *ad h. l.* E contrario hypotheca apposita aedes ipsas adeo afficit, ut contra quemvis possessorem, et sic etiam contra filiam actio hypothecaria institui possit. Klock. *vol.* 2. *cons.* 40. *n.* 49. 12 Carpz. *lib.* 3. *resp.* 48. *n.* 1. *et seqq.* Siquidem in hac actione non personae possidentis qualitas, sed res ipsa jure hypothecae affecta, attendenda est. §. 7. *inst. de* 13 *action.* Vultej. *ad h.* §. *n.* 20. Praeterea etiam dd. saxonici idcirco liberis prae extraneo emptore jus retractus concedunt, quoniam illis ex provisione juris saxonici jus protimiseos in bonis avitis competit. Carpzov. 14 *part.* 2. *cons.* 31. *def.* 10. Quae jura Saxoniae in marchia brandenburgica, ubi casus hic contingit, nunquam recepta fuerunt, utpote ubi jura civilia communia introducta, Schepliz. *ad consuet. march. part.* 2. *tit.* 1. §. 1. quae jus retractus consanguinitatis plane repro- 15 bant *l.* 14. *cod. de contr. empt.* E contrario plane non pertinet ad rhombum, quod mortua matre filia proxima haeres etiam respectu hujus domus futura esset. 16 Imputet enim mater sibi ipsi, quod domum non ad mortem usq; retinuerit, aut usumfructum tantum filiae concesserit, sed ejus loco in emptionem venditionem consenserit, et ita creditori occasionem actionem hypothecariam instituendi, praebuerit.

17 Hinc in propatulo est, filiam creditori, si pretium, quod ipsa dederat, restituere velit, aedes istas cedere debere.

CASUS XIII.

De testamento ob defectum haeredis institutionis in totum annullato, utut jure codicilli subsistere possit.

SUMMARIA

Facti species. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *et seq.*
Rationes decidendi. n. 5. *seqq.*
Decisio. n. 13.

1 Decedit Crispina condito antea testamento, in quo sororibus nonnisi 40. florenos legaverat, reliqua vero 2 bona omnia patruo reliquerat. Hinc mota fuit quaestio: an hoc testamentum de jure subsistere possit, an potius sorores ab intestato ad haereditatem admittendae sint?

3 Quamvis igitur, quantum solemnia externa attinet, nullo laboret vitio, cum non solum judici oblatum, sed etiam subscriptione plurium quam septem testium munitum sit, licet alias testamentum judiciale nulla testium indigeat probatione. Dn. Praeses. *tr. de caut.* 4 *testam. cap.* 7. §. 32. quod praxi quoque obtinere docet Myusing. *cent.* 6. *obs.* 29. *n.* 8. Richter. *p.* 1. *dec.* 30. *n.* 3.

Verum cum in toto illo testamento nulla reperiatur 5 haeredis institutio; nam reliqua bona legati nomine patruo defuncta reliquerat, nec uspiam illum haeredis nomine in testamento vocaverat; haeredis autem insti- 6 tutio fundamentum ac basis totius testamenti reputetur. *l.* 10. *ff. de jure codicill.* §. 34. *inst. de legat. l.* 29. *cod. de testam. l.* 1. §. *ult. ff. de vul. et pup. subst.* Dn. Praeses *de caut. test. cap.* 16. §. 1. Richter. *celitat. acad.* 33. §. 1. Deinde etiam nec clausula co- 7 dicillaris huic testamento adjecta est, qua alias defectus haeredis institutionis suppletur *l.* 29. *ff. qui testam. fac. poss.* Dn. Praeses *cit. tr. cap.* 23. §. 37. Zepper. *de claus. codicill. cap.* 4. *n.* 15. Denique 8 etiamsi alias haec dispositio jure codicillorum valere posset, quo casu sorores tamquam haeredes ab intestato detractionem quartae trebellianicae salvam habent. vid. *l.* 76. *ff. ad sctum trebellian.* Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 6. *tit.* 4. *n.* 12. Gail. *lib.* 2. *obs.* 114. 9 Nihilominus adhuc plane corruit testamentum, cum Crispina non animum codicillandi, sed testandi habuerit, cum tam ab initio quam in fine dispositionis 10 suae illam testamentum appellet. Ubi vero adest animus testandi, non valere potest dispositio jure codicilli, nisi hoc in specie aditum sit. *l. si similes.* 3. 11 *ff. de testam. milit.* Qui enim se testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi per codicillos id valere, tunc ex illo testamento nihil debetur, etiamsi ut codicillum valere potuisset. *l.* 1. *ff. de jure codicill. ibique* b. Brunn. Zepper. *de codicill. cap.* 2. *n.* 16. sed 12 praesumitur ab intestato decessisse. Cum non liceat ultimam voluntatem in codicillos flectere, nisi hoc testator expresserit. *l. ult.* §. 1. *cod. de codicill.*

Ex hic concludo, Crispinae testamentum neutiquam 13 valere posse, sed sorores ejus ad successionem ab intestato admittendas esse.

CASUS XIV.

De locatione juris decimandi valida, licet in scripturam non redacta.

SUMMARIA

Facti species. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 5.
Rationes dubitandi. n. 6. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 9. *et seqq.*
Decisio. n. 14.

Nobilis quidam jus decimandi in agris quibusdam 1 praefecturae in territorio magdeburgico sitae subjectis praefecto et scabinis pagi istius pro 110. thaleris locaverat, qui conductores rusticis, in quorum agris decimas eligere poterant, multum damni, modo nonam, modo undecimam et decimam quartam partem eligendo, intulerunt. Ideoque rustici, ut se ab hoc onere li- 2 berarent, decimas ipsi conducere secum constituunt. Quam ob rem duos ex societate sua seligunt, ut cum 3 nobili desuper contractum inirent, qui tandem in eo conveniunt, ut pro 130. thaleris, quantum priores conductores solvere nolebant, ipsis jus decimas colligendi concederetur, idque utrinque manu stipulata spoponderunt. Nihilominus nobilis anteriori conductori de- 4 cimas iterum locavit et contractum in scriptis cum illo

celebravit. Unde dubium nascebatur: numne nobilis semel inito cum rusticis contractui satisfacere, aut ad minimum rusticis ad interesse teneatur?

Quamvis igitur negotium, quod nobili cum universitate rusticorum intercesserat, tantum tractatuum naturam habere videatur, qui secundum jura notissima nullam vim obligandi habent; sed unicuivis ab illis recedere liberum est. Cyriac. Niger. *controv. forens.* 452. *n.* 16. *seqq.* Alexander. *lib.* 1. *cons.* 28. *n.* 3. Deinde contractus non cum illis, sed cum anteriori conductore in scriptis celebratus erat, ex quo constat, nobilem nonnisi in scriptis contractum celebrare voluisse. Denique et conductori anteriori merito praelationis jus concedendum, cum eamdem summam, quam rustici offerunt, quotannis solvere polliceatur.

Verum quia notum est, quod locatio conductio sit contractus consensualis, qui ad perfectionem nil nisi merum consensum de usu rei pro certo pretio concedendo requirit. *pr. instit. de locat. cond. l.* 24. *cod. cod.* Lauterb. *comp. jur. civ. h. t. ab init.* Qui consensus in casu praesenti satis per manus stipulationem demonstratus fuit, quia manus porrectio apud Germanos vim stipulationis et datae fidei habet. Dn. Praeses. *disp. de manu stipul. et porrect. cap.* 1. *n. ult.* Schneidew. *ad rubr. inst. de v. o. n.* 15. Est enim evidens perfecti consensus se plenae fidei symbolum. *cap.* 1. *in fin. x. de spons. duor.* Speidelius *in speculo voc. Hand.* Deinde nec in specie conventum erat, contrahentes nonnisi in scriptis contrahere velle, aut ante confectum instrumentum locationis nolle obligatos esse, quod tamen necessarium fuisset, si in scriptis voluissent contrahere. *l.* 17. *cod. de fid. instrum. ibi quae tamen in scriptis fieri placuit.* Alberic. Gentil. *advoc. Hispan. lib.* 2. *cap.* 30. Priores etiam conductores nihil juris novam conductionem impediendi post elapsos locationis annos habent, et ita nobilis illis nihil re non amplius integra promittere potuit, praecipue cum in sola locatione praediorum publicorum jure prioritatis gaudeant priores conductores. *l.* 4. *cod. de locat. praed. civil.* Carpz. *p.* 2. *c.* 31. *d.* 8. Extra hunc vero casum conductor prioritatem praetendere non potest. Pacian. *de locat. cond. c.* 20. *n.* 29.

Hinc juri consonum existimo, quod nobilis contractui semel cum rusticis inito stare, aut his ad sufficientem satisfactionem praestandam obligatus sit.

CASUS XV.

Quatenus in locatione decimarum obtineat jus protimiseos?

SUMMARIA

Facti species. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seq.*
Rationes decidendi. n. 5. *seqq.*
Decisio. n. 9.

In priori, quem paulo ante adduxi, casu, inter conductorem decimarum et universitatem rusticorum, in quorum agris decimae colligendae erant, adhuc nascebatur dubium: annon huic universitati in locatione decimarum ex agris ipsorum colligendarum jus protimiseos prae omnibus reliquis conductoribus, si idem pretium offerant, concedendum sit?

Quamvis autem unicuivis liberum sit, finita priori locatione praedium suum, cui velit, iterum elocare. *l. si ea* 32. *cod. locat.* et in locatione, utut ad longum tempus facta, jus protimiseos locum habere non possit, cum nulla per hanc contingat alienatio. *l.* 39. *ff. locat.* Sutorius *de retract. cap.* 12. §. 277. Reinking. *de retract. consanguinit. qu.* 4. *n.* 118.

Verum, quia hic de locatione juris decimandi agitur, quo casu illi, ex quorum agris debentur decimae, in communione cum domino decimarum constituti sunt, cum ex illorum frugibus decimae solvi debeant; ita ut electio competat illi, cui decimae debentur, ex quo acervo frumenti numerum inchoare velit. Carpzov. *jurisprud. eccles. lib.* 1. *def.* 130. Et ita hic merito decisio dd. locum habet, quod socius in locatione rei communis extraneo praeferendus sit. Menoch. *de arbitr. judic. quaest. lib.* 2. *cas.* 442. *n.* 14. *seqq.* Mev. *part.* 7. *decis.* 44. *n.* 6. Pacian. *tr. de locat. c.* 9. *n.* 17. Id quod eo magis aequitas postulat, dum per conductorem seu decimatorem extraneum, sicut jam antea factum, multum damni universitati infligi potest, quod per conductionem propriam avertere poterunt. E contrario nobilis exinde nullum habet detrimentum, cum universitas ad eamdem, quam extraneus solvit, pecuniam numerandam sese offerat. Jam vero quod tibi non nocet, alteri, vero prodest, ad hoc poteris compelli. *l.* 2. §. 5. *ff. de aqu. et aqu. pluv. arc.* Dn. Praeses. *tr. de action. forens. investig. sect.* 1. *m.* 2. §. 38.

Ideoque universitati rusticorum jus protimiseos in locatione decimarum omnino concedendum est.

CASUS XVI.

Indulti moratorii effectus an a die impetrationis, an insinuationis se exserat?

SUMMARIA

Facti species. n. 1. *seq.*
Quaestio. n. 3.
Rationes dubitandi. n. 4. *seq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 12.

Titius aere alieno gravatus obtinuit propter varias causas relevantes a principe indultum moratorium usque ad duorum annorum spatium, hac tamen conditione, ut interea usuras, quas creditoribus ob sortem creditam deberet, illis solveret. Cum autem creditor Sempronius immissionem propter sortem 2000. thal. in molendinum a Titio oppignoratum impetrasset, antequam hic indultum regimini insinuare potuisset; et regimen postea, licet Titius literas moratorias offerret, nihilominus creditori usumfructum molendini relinqueret; interposita leuteratione quaesitum fuit, annon indultum moratorium a momento impetrationis, etiam ante ejus exhibitionem judici inferiori factam, omnes actus executivos impediat?

Quamvis igitur juris sit notissimi, quod rescripta principum vim et effectum non habeant, nisi a tempore insinuationis, cum nec leges principum obligent, antequam publicatae, vel ad notitiam subditorum pervenerint, *nov.* 66. *c.* 1. Puffendorff. *de offic. hom. et civ. lib.* 1. *c.* 2. §. 6. ut ita regimini imputari ne-

queat, quod ad instantiam creditoris immissionem decreverit, cum ratione hujus indulti ab initio in justa fuerit ignorantia.

6 Verum quoniam ejusmodi indulta moratoria merum principis beneficium continent, quod plenario gaudet
7 effectu, simulatque a principe confirmatum fuit; talia vero rescripta meram gratiam continentia vim habent ex tempore ipsius dati. *cap.* 7. *vers. quod nullatenus x. de rescript. et ibi* Felinus *n.* 18. Marescott. *variar. resolut. lib.* 2. *cap.* 71. *n.* 17. et ita ejusdem naturae beneficium indulti moratorii esse debeat; at hinc dd. communiter consentiant, quod indulti moratorii effectus a tempore dati se exerat. Wilhelm. Ant. de Freudenb. *de rescript. morat. concl.* 54. *n.* 1. Christinaeus *decis. belgic. vol.* 2. *decis.* 70. *n.* 1. ubi saepius ita judicatum dicit. Mev. *in levam. inop. debitor. cap.* 4.
9 *sect.* 8. *n.* 24. Id quod eo magis hic locum habet, cum princeps indultum concedens his verbis usus sit, *hiermit und in Krafft dieses*, ex quo abunde patet, indultum statim a tempore concessionis efficaciam suam exserere, et ex eo tempore executionibus ac immissionibus locum non amplius superesse debere, secundum clara verba ac planam mentem literarum moratoriarum. Ideoque etsi regimini nihil imputari possit, an-
10 tequam hujus indultus cognitionem habuerit, nihilominus postequam intellexit, immissionem post indul-
11 tum factam fuisse, illam retractare debuisset. Quando enim res in eum statum devenit, unde incipere nequit, sua sponte corruit. *l.* 98. *pr. ff. de v. o. l.* 140. §. 2. *ff. eod.*

12 Ex his constat, immissionem post obtentum indultum moratorium peractam retractandum, et Titium per duos istos annos in usufructu molendini defendendum esse, modo creditori suo usuras justo tempore quotannis solverit.

CASUS XVII.

Quando evictio praestanda in casu praedii a principe revocati?

SUMMARIA

Facti species. n. 1. *seq.*
Quaestio. n. 3.
Rationes dubitandi. n. 4. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 9. *seqq.*
Decisio. n. 18.

1 Fratres quidam nobiles ducatus brunsuicensis praefecturam certam ab Henrico Julio, duce brunsuicensi, ad 20. annos jure retrovenditionis obtinuerant, qui contractus elapso primo termino ad totidem annos a suc-
2 cessore ejus Friderico Ulrico prorogatus. Cum autem interea sine haerede masculo decederet dux Fridericus Ulricus, et ipsi succederet dux Georgius, relicti sunt dicti fratres, postquam senior ex illis jus suum pro certa summa alteri fratri cessisset, in possessione, donec anno 1680. Camera hannoverana possessorem, ob diu finitum retrovenditionis tempus, eo adigeret, ut acceptis 2000. thaleris, cedere illam praefecturam ne-
3 cessum haberet; hinc dubium nascebatur: annon fratris cedentis filium ad evictionem praestandam convenire possit?

4 Quamquam vero notum sit, quod pro casu fortuito *reputetur, si quis a principe* de possessione dejiciatur, et hinc nemo ad evictionem, hoc nomine praestandam, obligatus sit. *l. Lucius* 11. *ff. de evict.* n. Praeses *tr. de cautel. contr. sect.* 2. *cap.* 8. §. 40. B. Struv. *exerc.* 27. *th.* 30. Berlich. *dec.* 130. Alphons. de Guzmann. *tr. de evict. qu.* 54. *n.* 75. Franzkius *ad tit. ff. de evict. n.* 770. *seqq.* Porro etiam in propa- 5
tulo sit, tunc demum evictionem praestandam esse, si res per sententiam judicis evincatur. *l.* 70. *ff. de evict. l.* 3. *et* 17. *cod. eod.* Carpz. *p.* 2. *const.* 34. *def.* 25. Non vero, si emptor cum adversario transigat, et 6
ita rem amittat. *l.* 56. *ff. de evict.* Lauterb. *comp. jur. tit. de evict. pag.* 415. Nec patrem, qui jure suo 7
praefecturam illam retinuit, excusare potest, quod per vim majorem ad hanc transactionem compulsus sit, cum recursus ad aulam caesaream eo ipso non sit prohibitus, utpote ubi per mandata sine clausula omnia in pristinum statum reducere potuisset. Qui vero o- 8
mittit recursum ad superiorem, vel justas exceptiones negligit, ille de evictione agere nequit. *l.* 55. *et* 66. *ff. de evict.*

Verum enim vero, cum certum sit ex ipsa facti spe- 9
cie, contractum hunc retrovenditionis absque consensu agnatorum ducis Friderici Ulrici initum fuisse; hi vero non jure haereditario, sed ex pacto et providentia majorum successerint, et hinc pactis et contractibus ab eo initis satisfacere non teneantur. 2. *feud.* 45. Et ita duces Hanoverani, ex devoluto jure successio- 10
nis, praefecturam alienatam sine ulla refusione pretii revocare possint. B. Struv. *syntagm. jur. feud. cap.* 13. *th.* 19. Anthon. *disp. feud.* 10. *th.* 3. *lit. c.* Imo 11
et ad rationes, de fructibus perceptis et percipiendis reddendas, a tempore mortis duci Friderici Ulrici possessores adigi de jure valeant. Resoluto enim jure dantis, resolvitur etiam jus accipientis *l. vectigali.* 31. 12
ff. de pignor. Retrovenditione autem sublata, nobiles bi pro malae fidei possessoribus aut certe pro creditoribus pignori insistentibus, eoque fruentibus reputandi sint, de quibus notum est, quod teneantur tam ad fructus perceptos, quam percipiendos. *l.* 3. *cod. de pignorat. act.* Et ita dici nequeat, cameram hannove- 13
ranam bona haec via facti evicisse, cum jus evincendi ab ejus parte satis manifestum sit; quoties vero ille, 14
a quo res etiam sine processu evicta, docere potest illum jus evincendi liquidum habuisse, toties de evictione competit actio, etiamsi lis auctori denunciata 15
non sit. *l.* 11. §. 12. *ff. de act. empt.* Struv. *ad tit. ff. de evict. th.* 33. Covarruv. *part.* 3. *resol. cap.* 17. *n.* 6. Franzk. *ad tit. de evict. n.* 667. Ut taceam evi- 16
ctionem in casum, si princeps rem vindicaverit, hic expresse promissam, et litem hanc ob causam saepius denunciatam fuisse. Quamvis enim, si res ex nota causa evincatur, alter ad evictionem non teneatur, fallit tamen hoc, si in eum casum expresse promissa sit evictio. Guzmann. *de evict. qu.* 33. *n.* 36. Nec ita 17
quicquam ipsis prodesse poterit, quod pater dejectorum non solum de facto de possessione dejectus sit, sed etiam transactionem ipsi oblatam coactus acceptaverit, cum, ut supra jam dictum, jus evincendi principis liquidum fuerit, et tam pater, quam reliqui agnati ipsorum periculum subiissent, principem ipsos sine praevio processu bonis istis penitus privaturum, ac de possessione dejecturum, ut ita hac transactione omnium agnatorum commodum promotum sit.

Hinc patet, fratris, qui bona alteri cesserat, filium, 18

propter praefecturam hanc a principe evictam, omnino ad evictionem praestandam conveniri posse.

CASUS XVIII.

De rationibus matri tutrici a filio remissis a nepote non exigendis.

SUMMARIA

Facti species. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 4.
Rationes dubitandi. n. 5. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 9. *et seqq.*
Decisio. n. 23.

1 Vidua quaedam nobilis, mortuo marito, administrationem bonorum, tamquam confirmata tutrix filiorum
2 suorum, suscepit; ex hic cum duo ad justam aetatem pervenissent, mater ad specificationem juratam bonorum
3 et rationum redditionem sese obtulit. Quod cum ex reverentia matri debita acceptare nollent filii, et in simplici designatione expensarum et nominum matris acquiescerent, his defunctis nepotum superstitum tutores ab avia integras rationes sibi reddi de omnibus acceptis et expensis desideraverunt, ubi disputatum
4 fuit acriter. An tutores nepotum in intentione sua fundati sint?

5 Quamquam igitur quaevis mater et avia, si tutelam liberorum ac administrationem bonorum paternorum suscipiat, liberis ac nepotibus ad rationes reddendas teneatur. Escobar. *de ratiocin. cap.* 3. *n.* 22. Menoch.
6 *de arbitr. jud. quaest. lib.* 2. *cas.* 209. *n.* 6. Nec jus hoc rationes exigendi intra quinquennium expiret, sed una cum actione tutelae ad 30. annos extendatur. *arg.*
7 *l. sicut.* 3. *cod. de praescr.* 30. *annor.* Filius quoque huic praetensioni expresse nunquam renunciaverit, et hinc juris sit, quod renunciatio non praesumatur, nisi probetur. *cap. super hoc.* 5. *x. de renunciat.* Carpz.
part. 1. *dec.* 99. *n.* 12. Dalner. *de renunciat. cap.*
8 1. *n.* 81. Est enim facti, unde per probationes arctiores eadem docenda. Cephal. *vol.* 4. *cons.* 605. *n.* 2.

9 Verum cum avia in nostro casu, post majorennem aetatem, filiis utiliorem se praestiterit, quam de jure tenebatur, cum specificationem juratam illis obtulerit,
qui tamen simplici ac non juratae fidem habere de-
10 bebant. Finckelth. *obs.* 76. *n.* 18. Ipsa etiam sese sponte obtulerit ad rationes reddendas, et eo non solum moram purgaverit, sed etiam omnem fraudis ac interver-
11 sionis bonorum suspicionem amoverit: quando enim administrator se ad reddendas rationes obtulit, et per alterum, cui rationes reddendae erant, steterit, quominus redderentur, pro redditis habentur. Richter. *dec.*
113. *n.* 24. Heeser. *de ration. redd. loc.* 1. *n.* 125.
12 Ut hinc omnino ex eo, quod filii aliquot annos ad huc post oblationem rationum vixerint, nec earum redditionem unquam exegerint, remissio rationum praesumi possit. Nam et renunciatio juris competentis non
13 tantum verbis sed et ipso facto fit. Gallerat. *de renun-*
14 *ciat. lib.* 5. *cap.* 1. *n.* 2. Unde in specie ex omissione colligitur remissio, cum omittere sit repudiare, *l.* 1. *cod. quando non petent.* Gallerat. *lib.* 5. *cap.* 13. *n.*
15 3. Praecipue cum hic res inter parentes et liberos agatur, ubi horum est, parentibus omni amore ac obsequio promotos esse, et merito inter eos praesumendum sit, omnia bona fide peracta esse, nec quemquam in praejudicium alterius praetensiones sibi reservasse. Hinc inter sanguine junctos praesumitur renunciatio. 16
Mascard. *de probat. concl.* 1263. *n.* 3. *seqq.* Gallerat. *de renunciat. lib.* 5. *cap.* 11. *n.* 46. Menoch. *lib.* 6. *praes.* 99. *n.* 33. *et de arb. jud. quaest. cas.* 85. Et 17
quamvis dd. hoc limitent, nisi cum taciturnitate concurrat metus reverentialis; Menoch. *cons.* 250. *n.* 26. Ad praesentem tamen casum hoc non pertinet, cum 18
matri nulla potestas in filios, jam per nuptias emancipatos, competat, nec opus fuerit, matrem, neglecta filiali reverentia, ad rationes reddendas obstringere, sed sua sponte mater se ad hoc obtulerit, ut inde matris spontaneam declarationem modeste acceptare potuissent. Dum ergo oblatas a matre rationes acceptare 19
recusarunt, procul dubio juri suo renunciarunt. Con- 20
currit enim hic naturalis praesumptio, qua voluisse quis creditur, quod sufficienter significavit. Grot. *de j. b.*
et p. lib. 2. *cap.* 4. §. 4. *et* 5. Et hinc, cum filii se- 21
mel praetensioni contra matrem ipso facto nuncium miserint, nepotes hoc jus remissum resuscitare non poterunt, utpote qui tam facta, quam non facta parentum praestare tenentur. *arg. l. cum a matre* 14. *cod.*
de r. v. Nec refert, an remissio rationum expresse, 22
an tacite facta sit, cum taciti eadem vis sit, quae expressi, imo et expressa renunciatio pluribus casibus non noceat, quibus tamen nocet tacita, quod per varia exempla demonstravit Gallerat. *de renunciat. d.*
lib. 5. *cap.* 1. *n.* 40.

Ex his patet, aviam nepotibus, aut tutoribus eorum, 23
ad rationes reddendas, ob gestam filiorum tutelam aut ad lucra, quae neglexerat, praestanda, neutiquam teneri, sed tutores caute agent, si rigorem semel contra aviam susceptum deponant, ne haec eo ad dispositionem de bonis suis, nepotibus perniciosam, concipiendam adigatur, quod si fiet, tutores ad damnum, inlquo eorum facto illatum, resarciendum compelli poterunt.

CASUS XIX.

De absente militiae causa contra praescriptum jus retractus non restituendo, si procuratorem reliquit.

SUMMARIA

Facti species. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 5.
Declaratio quaestionis. n. 6. *seqq.*
Rationes dubitandi. n. 8. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 10. *seqq.*
Decisio. n. 19.

Sempronius pingue aliquod praedium Titio civi cui- 1
dam pro 45000. thaleris anno 1692. vendidit, reserva- 2
to sibi, suisque posteris, jure protimiseos. Cum autem post mortem Titii ad instantiam creditorum idem praedium sub hasta venderetur, et ab his pro 48000. thaleris in solutum acciperetur, hi Antonio illud vendiderunt, eique evictionem contra quemvis promiserunt.
Paulo post redit Sempronii filius Cajus ex bello Unga- 3
rico, et anno 1697. die 16. aug. Antonium, propter 4
sibi competens jus retractus, interpellavit, restitutionem praedii petiit, atque ideireo 48000. thalr. in judicio deposuit. Tandem anno 1698. die 23. decembr. 5
et ita anno et dimidio jam post adventum suum praeterlapso, actionem contra Antonium instituit. Hinc quaeritur; annon Cajus litem hanc temere moverit, et ita

343
[illegible] a limine judicii repellendus sit?

6 Quod itaque decisionem hujus quaestionis attinet, ut jure [illegible] certo constat, quod, cum hoc praedium [illegible], Cajo jus retractus aut protimiseos [illegible] reservatum fuerit, ut ita de competentia hujus juris nullum sit dubium. De eo tantum est quaestio, an, cum tempus ad retrahendum ubique praefixum, nimirum annus et dies jam post reditum ex militia praeterlapsum sit, Cajus ab actione instituenda arceri possit.

8 Quamvis igitur notum sit, Cajum reipublicae causa, nimirum in bello Ungarico contra Turcas absentem fuisse, absentes autem reipubl. causa contra omnem laesionem, et sic quoque contra praescriptionem interim factam restitui posse. *l.* 1. *ff. ex quib. caus. ma-*
10 *jor.* Sicut hoc quoad milites in specie juris evidentissimi est. *l.* 3. *cod. de restit. milit. l. si qua militi.* 40. *ff. ex quib. caus. major.*

11 Verum quia Cajus tempore absentiae curatores certos habuit, quibus a domino territorii administratio bonorum ipsius commissa, inter quos praecipue agnatus ejus Aurelius fuit, et ita in hunc onus, jura Caji absentis observandi, redundavit, quod respectu juris hujus protimiseos eo facilius fieri potuerat, cum emptioni venditioni tamdiu tantum contradicere, aut Cajo jus protimiseos, ut antea jam factum, iterum reservare potuisset, donec ejus intentionem desuper explorasset.
12 Jam autem juris manifesti est, quod quando absens reipubl. causa procuratorem reliquit, per quem jura ipsius defendi potuerint, in integrum restituendus non sit. *l. is qui reip.* 39 *ff. ex quib. caus. maj. et ibi.*
13 b. Brunn. *in commentar.* Neque repugnat huic sententiae, quod multi dd. in ea opinione sint, quasi beneficium restitutionis generaliter competat, sive procuratorem domi reliquerit absens, sive non. *per l. sed etsi.*
14 26. §. *fin. ff. eod.* Siquidem haec lex propter supra *cit. l.* 39. eo restringenda est, si laesio per procuratorem averti non potuerit. Hillig. *in Donell. lib.* 21. *cap.*
15 5. *lit. f.* Mauritius *de restit. in integr. qu.* 252. Aut si procurator non solvendo factus fuerit, aut contra hunc inanis futura sit actio. Strauch. *ad jus Justinian. disp.*
16 27. *th.* 23. Quorum utrumque in nostro casu minime procedit, cum non solum, uti jam monitum fuit, jura Caji per curatores observari potuerint, sed Aurelius etiam satis solvendo sit, ut ita regressum contra ipsum ob neglectum jus protimiseos, et inde perpessum damnum habere possit. Neque impedimento est, quod etsi
17 curator solvendo sit, nihilominus minori liberum de jure relinquatur, an beneficio restitutionis uti, an a curatore restitutionem damni exigere velit. *l.* 1. *et* 2.
18 *cod. si tut. vel curat. interv.* Quod jus eligendi ob identitatem rationis absentibus etiam competet, cum minores et absentes quantum ad beneficium restitutionis in integrum comparari soleant. Bald. *in l. si qua pr.*
19 *ff. ex quib. caus. major.* Siquidem ad hoc respondeo, ipsos quidem in jure petendi comparari posse, non vero in jure eligendi actionem, cum minoribus ob laesionem a praetore pure succurratur, majoribus autem tantum in casu, si praetori justa causa videbitur, *d. l.*
20 26. §. *fin. ff. ex quib. caus maj.* Plus enim favoris et privilegii quoad removendas praescriptiones temporales competit minoribus, quam absentibus. Tirsquell.
21 *de retract. linear.* §. 35. *gl.* 4. *n.* 46. Jam vero nulla justa restitutionis causa adest, si absens propter perpessum damnum contra procuratorem suum regressum habere possit. Nam ex clausula generali praetoria tunc 22
succurritur laeso per restitutionem, quando non adest recursus ordinarius. Sfort. Odd. *de restit. in integr. qu.* 30. *n.* 15. Ut taceam, electionem actionis minori- 23
bus tantum competere, quod tamquam jus singulare non trahendum ad consequentias. Unde in specie haec 24
diversitas inter minorem et absentem reip. causa fundata est *in l. ult. ff. de in integr. restit.* Brunn. *ad d l. fin. n.* 7. Tiraquell. *d. gl.* 4. *n.* 47. Sicut et probe hoc 25
casu attendendum, quod Cajus nequidem tempora retractus post reditum ex militia observaverit. Etsi enim extrajudicialiter emptori retractum denunciaverit, et pecuniam, quam emptor dederat, deposuerit, non tamen ante 23. decembr. anno 1698. citationem emptori
insinuari fecit. Quamvis nec libellus Antonio insinuatus fuerit, quae omissio libelli effectum citationis ita 26
impedit, ut ne quidem pro contumaci reputandus sit citatus, cum ita comparere necessum non habeat. *recess. imp.* 1654. §. 34. *in fin.* Sicut itaque notum, 27
actionem ad retractum intra annum institui debere. 2. *f.* 26. §. *Titius.* Dn. Praeses. *exam. jur. feud. cap.* 20. *qu.* 6. tempore autem citationis jam dimidius ultra annum elapsus fuit, et ita Titius non tempore absentiae, sed post reditum ex militia jure retractus ipsi
competente cecidit. Nec depositio pecuniae ipsi pro- 28
desse potest, cum, quod Antonius ad hoc citatus non fuerit, quod tamen expresse requiritur. *l.* 19. *cod. de usuris.* Schultz. *de oblat. et obsignat. pec. cap.* 4. *n.* 28. tum, quod depositio pecuniae effectum actionis institutae habere nequeat.

Hinc patet, Cajum actionem ex jure protimiseos te- 29
mere movisse, et Antonium ab instituta actione absolvendum esse.

CASUS XX.

De collectis per nuncium consuetum missis, sed in via amissis, cujus si periculum?

SUMMARIA

Factis species. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 3.
Rationes dubitandi. n. 4. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 8. *seqq.*
Decisio. n. 14.

Titius collectarum receptor sub certa praefectura con- 1
stitutus 300. thaleros miserat ad praefectum illius loci per nuncium, quo praefectura illa ultra 30. annos usa. Hic autem nuncius, cum pecuniam in itinere se ami- 2
sisse praetenderet, et damno reparando par non esset, quaerebatur: an damnum hujus amissae pecuniae 3
in receptorem, an vero in ipsum praefectum redundaret?

Quamquam contra receptorem urgeatur, illum juxta 4
verba ac dispositionem instructionis omne damnum ac periculum suscipere debere; qui vero illud in se pacto recepit, ad id praestandum tenetur, *l.* 9. §. 2. *ff. lo-*
cat. l. 1. *cod. deposit. l.* 1. *cod. commod.* Ipse etiam 5
nuncium, cui pecuniam commiserat, elegerit, et ita ad ejus factum praestandum teneatur. *l.* 45. *pr. et* §. 5. *ff. mand.* Imo tamquam debitor generis nec per trans- 6
missionem pecuniae ab obligatione quantitatis libere-

tur *l.* 11. *cod. si cert. petat.* Hering. *de fidejuss. cap.* 20. §. 27. *n.* 8. *seqq.* Berlich. *part.* 5. *concl.* 48. *n.* 24. Mev. *ad jus lubec. lib.* 4. *tit.* 1. *art.* 7. *n.* 10. 7 *et* 11. Praecipue cum receptori certa pecunia nuncio danda a praefecto solvatur.

8 Verum cum literae praepositionis satis declarent, receptorem tum demum periculum atque damnum praestare debere, si collectas justo tempore non transmiserit: 9 et hinc cum tantum ad exactam diligentiam in colligendis collectis teneri, cui diligentiae hac ex parte omnino satisfecit, et jam de eo tantum quaestio sit, ad quem pertineat periculum collectarum justo tempore ad praefectum transmissarum, 10 sed in itinere perditarum. Ast vero receptori hac in parte culpam imputari non possit, cum non ignotum aut insolitum nuncium ad hoc conduxerit, sed illum elegerit, qui per triginta annos a praefectura literis, et pecuniae portandis adhibitus, ac semper fidelis fuit reputatus. Quando autem 11 quis adhibet illum, qui per plures annos ad idem negotium adhibitus, et pro idoneo reputatus, de ejus facto non tenetur, si ille in expeditione commissa negligens fuerit. *l.* 27. §. *si fornacarius.* 9. *et* §. *Proculus.* 11. *ff. ad l. aquil.* Myler. *Hyparcholog. cap.* 21. §. 16. Praecipue cum receptori non incubuerit, ut ipse collectas praefecto offerret, sed facultas nuncium adhibendi 12 ipsi libera relicta fuerit. Cum itaque ei hoc commisit, 13 qui huc usque fidelem se praebuit, nulla culpa ipsi imputari potest, nam praecedens fidelitas facit culpam reputari pro casu fortuito. Farinac. *qu.* 31. *n.* 55. Petr. Peck. *de jur. sistend. cap.* 41. *n.* 6.

Ex quibus patet, praefectum a receptore collectarum 14 damni reparationem de jure exigere non posse.

DISPUTATIO DECIMA NONA

DE CASIBUS IN FORO CONTROVERSIS,

DIE 17. MAJ. ANNO MDCCVI.

RESPONDENTE

ANTON. HENR. BECKER, BIELFELDIA WESTPHAL.

INGRESSUS.

Nosse jurium origines, et nihil antiquitatis ignorare, multae lectionis negotium est. Scire leges, illasque magno numero recensere posse, res memoriae est: vim autem et potestatem legum indagare, et jus ad factum applicare, hoc demum prudentiae est, et omne momentum in republica absolvit. Quorsum et collimat Jctus in l. scire 17. ff. de ll. Si enim hic omnes negotii circumstantiae non probe attendantur, facili negotio contingere potest, ut in administranda justitia innocenti etiam magna inferatur injuria. Et quamvis non pauci aequitate, sed cerebrina, supplere velint, quae hic prudentiae desinit; his tamen perpendendum erit, quod monuit Jctus Paulus in l. 91. §. 3. ff. de v. o. in quaestionibus de bono et aequo, plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose errari. Quapropter cum mihi academiae fridericianae valedicturo specimen aliquod edendum esset, loco specialis materiae, ex consilio domini Praesidis, disquisitionem circa certos casus practicos instituendam censui, ut eo magis applicando juri ad factum ingenium praepararem. Hoc vero neminem mihi vitio versurum arbitror, qui secum deliberaverit, facti quaestiones etiam peritissimos fallere, sine facti autem circumstantiis probe perpensis, utut de magna juris scientia sibi quis blandiatur, justum ab injusto nunquam separari posse. Ex facto enim jus nascitur. l. 52. §. 2. ff. ad l. aquil. Deus vero haec aliaque mea conamina cedere jubeat feliciter!

DISQUISITIO I.

De venditione praedii in fraudem legitimae facta.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2,
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 7. *seqq.*
Decisio. n. 13.

Vidua quaedam vendiderat genero suo domum, hortum et multas alias res eo pertinentes pro summa 800. marcarum, annexa tamen conditione, ut emptor venditrici ad dies vitae alimenta praeberet. Postea con- 1

didit eadem vidua testamentum, in quo ipsa quidem Georgium, nepotem suum ex filia, haeredem scripsit: attamen sub praetextu, quod Georgio avia sua testatrix parum curae fuerit, loco legitimae non plus quam 50. marcas eidem reliquit, cum comminatione, ut si forte Georgius hac portione contentus esse noluerit, ipse penitus exhaeres esset. Georgius autem avia defuncta quaesivit: annon haec venditio aedium cum pertinentiis pro viliori pretio, quam venditae res valebant, in fraudem legitimae facta videretur, indeque ex rebus venditis, prout illae tempore alienationis aestimari potuissent, legitima supplenda esset? 2

Ubi quidem Georgio videbatur obstare, quod avia praedii domina fuerit, quae in venditione pro suo arbitrio rebus suis pretium statuere non prohibebatur, modo nulla pars ultra dimidium laedatur. *l.* 2. *c. de resc. vend. l.* 21. *c. mand.* qualis laesio hic probari non poterat, inprimis quia emptor simul onus alimentandi in se suscepit, quo casu ob dubium eventum ne quidem dispositio dictae *l.* 2. locum invenit. Gail. *lib.* 2. *obs.* 8. *n.* 2. Deinde legitima aestimatur respectu haereditatis, haereditas autem viventis nulla est. *l.* 1. *ff. de haer. vel act. vend.* Unde quia haereditas concernit bona, quae defunctus tempore mortis habuit: merito etiam legitima pars haereditatis secundum patrimonii quantitatem, quae tempore mortis superest, computanda erit. Ex quo consequens est, Georgium non posse venditionem aedium accusare, quod per eam fraus legitimae suae facta fuerit, neque eumdem jus habere supplementum legitimae secundum quantitatem, quae tempore alienationis fuerat, petendi. 3 4 5 6

Quia vero Georgius probare poterat, testatricem pro vili admodum pretio bona sua vendidisse, ita ut per alienationem istam quantitas patrimonii notabilem passa fuerit imminutionem, hinc non obstantibus iis, quae in contrarium adducta fuerunt, supplementum legitimae ex vero rerum venditarum pretio peti poterat. Hoc enim casu computatio quantitatis legitimae non a tempore mortis, sed factae alienationis instituenda venit, quemadmodum solidis rationibus comprobat Carpzov. *p.* 2. *constit.* 12. *def.* 37. Et quamvis in venditione praesenti ideo pretium vilius justum esse videretur, quod emptor simul onus alimentandi in se susceperit, attamen ei sufficiet, si sumptus in alimenta facti detrahantur usuris bonorum: nisi forte usurae alimentis non sufficerint, quippe quo casu eatenus emptori favendum esset, quatenus hic ultra usuras atque fructus rerum venditarum nonnulla in alimenta viduae impendit. Nullum enim a parte emptoris periculum est, si ipsi singulis annis tantum ex fructibus fundi manet residuum, quo venditrici quaeunt alimenta praeberi. Neque huc applicari potest jus domino competens in res dominio suo subjectas; quantum enim ad legitimam dominorum facultas in res suas restricta est per leges civiles, ut adeo avia, licet domina fuerit, tamen Georgium, nepotem suum, alienatione suarum rerum non potuerit in legitima gravare, per *l. quoniam* 32. *c. de inoff. test.* in tantum, ut nec legitimam in pecunia numerata praecise assignare valuerit. Besold. *consil.* 197. *n.* 9. 7 8 9 10 11 12

His ergo se ita habentibus, nec aviae huic licitum fuit, nepoti praecipere, ut ipse legitimae loco 50. marcas acciperet, sed Georgius ex *l. omnimodo* 30. *c. de inoff. testam.* ad supplementum legitimae secundum veram bonorum venditorum aestimationem computandae, agere poterit. 13

DISQUISITIO II.

An haeres testamentarius a legitimo conveniri possit actione spolii ob rerum haereditariarum possessionem captam?

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3.
Rationes decidendi. n. 5. *seqq.*
Decisio. n. 10

Adamus, decimum nonum aetatis annum agens, cum virgine annorum tredecim contraxerat sponsalia, inscia tamen avia sua, et reliquis proximis agnatis. Idem vero postea, morte sibi imminente, testamentum condiderat, sponsamque suam haeredem scripserat universalem, relicta aviae suae legitima, non quidem institutionis titulo, annexa tamen clausula codicillari. Adami morte subsecuta, Franciscus praedii equestris, a defunto relicti, possessionem cepit, sub praetextu, quasi defunctus in ultima voluntate eum hoc rogavesit. Venientibus vero haeredibus ab intestato, Franciscus possessionem praedii cedere recusavit; virginis autem institutae patri, postquam is mandatum a regimine electorali obtinuit, et praedii possessionem petiit, sine mora eamdem tradidit. Unde haeredes ab intestato actione spolii praedium repetere voluerunt. Quaerebatur, an eorum intentioni jura suffragarentur? 1 2

Quosdam sane dd. in ea sententia esse novimus, quod contra illos etiam actio spolii detur, qui callide et occulte extremum exhalantis animae spiritum cupide exspectantes, possessionem rerum haereditariarum ingrediuntur. Berlich. *p.* 1. *concl.* 21. *n.* 37. *et quos ibi citat.* At vero quia Berlichius et reliqui ab eodem allegati dd. de eo saltim casu loquuntur, quando lis est inter plures haeredes, quos ordo successionis ex aequo contingit; in casu autem praesenti inter haeredes diversi generis, testamentarios et legitimos controversia agitatur, ubi in dubio testamentariorum melior conditio. *l.* 39. *ff. de acquir. haered. l.* 89. *ff. de r. i.* Faber. *lic.* 6. *cod. tit.* 13. *def.* 3. Nam haeres ex testamento justum titulum petendae et arripiendae possessionis habuerat ex beneficio *l. fin. cod. de ed. div. Hadr. toll.* Quandoquidem testamentum quaestionis vitio externo visibili non laborabat, et hinc nec adversus possessionem ex illo testamento legibus annuentibus, quaesitam actio spolii locum invenire potest. Cui non obstat, quod haeredes ab intestato urgeant, Franciscum non habuisse mandatum plenum arripiendi possessionem praedii, cum defunctus animam efflasset, indeque pro spoliatore haberi posse, quod mandatarium haeredum ab intestato admittere noluerit. Nam licet haec omnia sic se haberent, tamen dicta exceptio spolii non potest tertio, qui jus possidendi habet, praejudicare; nec enim factum spoliatoris tertio, qui non spoliavit, obesse potest. Joh. Zanger. *de except. p.* 2. *cap.* 18. *n.* 10. 3 4 5 6 7 8 9

Quare certum manebat, haeredes ab intestato praedium quaestionis actione spolii repetere non posse. 10

DISQUISITIO III.

De pignore a creditore ad concursum conferendo.

SUMMARIA

Casus. n. 1. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 15.

1 Titio in Marchia moriente, creditores ipsius concursum movebant, ad quem omnes per edictum legitime citabantur, tandemque causa conclusa, sententia prioritatis sequebatur. Sed his peractis compertum est, Sejum Servestanum tenere quasdam res mobiles a Titio sibi oppignoratas, qui dein taxationem horum pignorum eorumdemque adjudicationem a judice suo petebat. Contradicebant hujus petitioni reliqui creditores, eumque ad concursum remitti petebant; nihilominus tamen a judice pronunciatum fuit: Sejum non teneri pignora sibi data concursui inferre; sed adjudicationem eorum ipsi concedendam esse. Utut vero ab hac sententia provocatum fuerit, tamen illa in appellationis instantia quoque confirmata. Quare creditores leuterationem interponere cogi sunt, et eapropter doceri cupiebant: *An dicta sententia utriusque*
2 *instantiae fundamento suo in jure gaudeat?*

3 Et quidem negari nequit, creditorem, si ei nulla fiat solutio, pignora distrahere, et pro rata debiti, adjudicationem eorum petere posse *l.* 3. §. *Sin autem*
4 3. *c. de jure dom. impetr.* Cui hoc in casu accedebat, quod creditor pignora possidens extra territorium judicis, sub quo concursus pendebat, fuerit constitutus, unde licet alias moto concursu creditores ad liquidandum venire, et ex communi bonorum massa juxta ordinem in sententia prioritatis praescriptum, solutionem expectare debeant. Mevius *p.* 2. *d.* 280. tamen hoc in praesenti casu cessare, quia extra territorium jus dicenti impune non paretur. *l. fin. ff. de idict.* vid. Gail. *lib.* 1. *obs.* 48. *n.* 9. *et* 10. Unde judicis citationem hoc casu non arctatoriam, sed monitoriam esse notat Brunn. *in conc. cred. c.* 2. §. 1. Utut enim alias concursus ad omnia debitoris bona pertineat, etiamsi alibi sita sint, quia bonorum communio per concursum inducitur. Brunnemann. *de conc. cap.* 1.
5 §. 8. Nihilominus statuto et observantia anhaltina haec tenus juri communi derogatum erat, testantibus hoc sententiis primae et secundae instantiae.

6 Verum enim vero, quoniam in casu praesenti concursus creditorum formalis, jam tempore mortis debitoris adfuit, ad quem quilibet creditorum, citatione judicis competentis monitus, venire debuisset necessitate causativa, si credita sua salva habere velit. Scaccia *de judic. c.* 34. *n.* 23. Brunn. *d tr. cap.* 2. §. 5. Et ejusmodi concursus omnes creditores cum suis petitionibus paris reddit conditionis, in tantum, ut nullus eorum ante processum finitum alteri praejudicare aut quicquam innovare valeat. Mevius *p.* 5. *dec.* 156. *n.* 7. Omnia enim debitoris bona pertinent ad motum concursum. Franc. Salgado de Somoza *Labyr.*
7 *credit. p.* 1. *c.* 1. *n.* 13. nsuper extra omne dubium est, res oppignoratas in dominio debitoris existere, quandoquidem debitor adhuc dominus rei oppignoratae dicitur §. 1. *quib. alien. lic. vel non l. si domi-*
num 9. *c. de pign.* Ut sic creditor ad exhibendum 8
pignus, ut distrahatur, semper obligatus sit. Negusant. *de pign. p.* 6. *membr.* 1. *n.* 23. Lud. Molina *de j. et j. tr.* 2. *disp.* 538. *n.* 5.

Inde sequitur, quod praecise creditor moto concur- 9
su pignus quod possidet in corpus commune debitoris conferre teneatur, quo scil. ex iis venditis cuilibet solvatur, attenta juris praerogativa, ut prolixe de-
ducit Salgado *d. tr. p.* 1. *c.* 11. *n.* 4. *et* 14. Hoc casu 10
enim hypothecarii anteriores praeferuntur, etiamsi posteriori creditori pignus fuerit traditum. vid. *l.* 2. *pr. ff. qui pot. in pign.* Salgad. *d. c.* 11. *n.* 18. Ne- 11
que impedit, quod pignora sint extra territorium, indeque extra jurisdictionem judicis, sub quo concursus agitatur; quia apud omnes dd. in confesso est, quod bona mobilia sequantur jurisdictionem loci, ubi defunctus domicilium habuit, imo mobilia in certo loco plane non dicuntur sita, sed personam sequuntur. Gail. *l.* 2. *obs.* 124. 18. Mev. *ad j. lub. p.* 2. *tit.* 2. *art.* 10. *n.* 22. Adeoque tanto magis in concursu creditorum hoc attendendum, cum concursus omnia defuncti bona afficiat. Hinc in concursu creditorum statuta domicilii attendenda, etiamsi mobilia alibi sita sint. Carpz. *p.* 1. *c.* 28. *d.* 9. Et licet per statutum vel 13
observantiam aliud in territorio anhaltino receptum, et juri communi derogatum esse dicatur, hoc tamen non ad alios concursus, quam qui in dicto principatu moventur, poterit extendi, indeque jus illud ad casum hunc applicari nequit. Statuta enim ultra territorium efficaciam non habent *arg. l. fin. ff. de jurisd.* Carpz. *p.* 3. *c.* 12. *d.* 12. Quia ergo concursus hic in Mar- 14
chia Brandenb. motus erat, eo etiam pertinent pignora quaestionis, tamquam pars bonorum debitoris, neque dispositioni et jurisdictioni judicis anhaltini subjacent.

Hinc modo supra dicto adversus creditores reliquos, 15
et pro intentione Seji sententia ferri non debuit, ut ita illi justas causas leuterationem interponendi habuerint, nec dubitatum est, futuram sententiam ita conceptum iri, quod Sejus pignora quaest. concursui inferre, et ibi debitum locum prioritatis expectare teneatur.

DISQUISITIO IV.

De hominis proprii praescriptione.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 8. *seqq.*
Decisio. n. 15.

Ernesto nobili cuidam neo-marchico subditus erat 1
homo quidam proprius, duos habens filios, quorum alter fundum parentis colendum suscipiebat, alter vero Georgius dominum derelinquens, commendatori Sabellio sese subjecit, eique fidelitatem juravit, in eodem tamen pago manens. Novo huic domino, sciente patienteque Ernesto, et antecessoribus ejus, Georgius ad annos 14. tranquille servierat, cum antiquior dominus illum post tot annorum decursum tamquam hominem suum revocare vindicareque cuperet. Contradicebat huic coepto acriter commendator, ut ita ho-

2 rum contractu actum fuerit quaestioni: *an Ernestus, commendatum [illegible] dictis circumstantiis Georgium tamquam hominem suum vindicare posset?*

3 Equidem hoc proprius sine domini sui dimissione non potest se ipsum a vinculo subjectionis liberare, propter rationem evidentissimam; quam suppeditat *l. ad quod nostrum. 11. ff. de r. j.* Et quamquam de Ernesti uxore dicatur, quod haec Georgio permiserit, quocunque libuerit commigrare, uxori tamen non competebat potestas Georgium dimittendi, cum res mariti non subsint dominio et dispositioni uxoris, sed potius ipsa uxor cum bonis suis mariti arbitrio subjaceat. *l. hac lege 8. c. de pact. conv.*

4 Neque etiam nobilis alter alterius subditos atque homines sibi adserere potest, quia nemini jus suum auferendum *§. ult. j. de his qui sui etc.* Nec subditus idem, quod sub aliena jurisdictione domicilium constituerit, a prioris dominio liberatus est, nisi hujus cum consensu et ab hoc dimissus id fecerit. Unde etiam subditus ac homo proprius ab alio possessus non minus atque alia res vindicari a detentore potest. Frid. Husan. *de homin. propr. cap. 7. n. 20.* Dn. Praeses *in us. mod. ff. ad tit. de statu hom. §. 9.* Ut taceam, fugitivum rusticum, cum sui ipsius furtum faciat. *l. 1. c. de furt.* nullo tempore ad libertatem provocare posse, sed perpetuis vindiciis subjectum esse. Mev. *p. 2. decis. 101.* Verum, quia Georgius fundum paternum non deseruerat incultum, sed fratrem suum in eodem reliquerat, surrogatio autem alterius coloni in locum suum, praesertim, si hoc sciat dominus, liberat alterum. Husan. *d. tr. c. 8. n. 15.*

8 Neque illo tempore Ernestus praedium quoddam rusticum habebat, quod Georgius colendum suscipere, et in quo domicilium constituere potuisset. Urgebatur quidem, quod de praesenti tamen ejusmodi praedium adiit, at vero vidua cum liberis adhuc illud tenet, et agros eo pertinentes colit, ut hinc pro deserto haberi nequeat. Imo etiam, quod praedium illud possessore careat, hoc Ernesti culpa contigerat, ut inde sibi ipsi damnum imputare debeat, *arg. l. damnum. 203. ff.*

9 *de r. j.* Porro nec Georgius aufugit, et hinc jura de rustico fugitivo ad ipsum non pertinent, sed sciente et patiente Ernesto, commendatoris jurisdictioni se subjecit; imo ipse Ernesti uxor Georgio dixerat, ipsum posse commigrare, quocumque velit. vid. *n. 4.* quo ipso omnis Ernesti ignorantia vel dissensus ma-

10 nifesto excluditur. Contra vero inde fluens scientia et patientia merito pro titulo aestimatur. *l. ult. in f. c.*

11 *de long. temp. praesc.* Cui accedit diuturnitas temporis; mansit quippe Georgius penes commendatorem longe ultra decennium quietus, sine ulla prioris domini interpellatione. Tempus vero decennii, speciatim hoc casu circa praescriptionem rusticorum attendendum esse, demonstrat Mev. *in tract. vom Zustand und Abfolgung der Bauren qu. 2. n. 140.* quandoquidem Georgius non alio se contulit, sed in loco, quo natus erat, permansit, et quotidie in oculis antiquioris domini versatus est, adeoque Ernesto nulla defuit occasio, in tempore contradicendi, et Georgium semper

12 praesentem revocandi. Quia ergo ipse ultra decennium cunctatus est, inter praesentes autem decem anni pro longo tempore reputentur *pr. j. de usucap.* hinc merito commendator de praescriptione excipiens debebat

13 audiri. Mevius *p. 1. decis. 90.* Adsunt namque omnia praescriptionis requisita, quae enumerantur *in recessu provinciali. §. zum ein und zwantzigsten*, in fin. scil. primo diuturnitas temporis, cui in jure respondent inter praesentes decem anni. *d. rubr. et l. 11. c. de praescr. longi temp.* Deinceps bona fides et titu- 14
lus, sive scientia et patientia domini, quae et jure communi loco tituli est *d. l. ult. vid. n. 10.* Imo & eadem patientia loco traditionis est, *per l. si ergo 11. §. 1. ff. de publ. in rem act.* ut sic ne opus quidem sit quaerere, an Georgius volente aut expresse consentiente priore domino dimissus fuerit? quoniam hoc per praesentiam, scientiam et patientiam domini, tantique temporis lapsum suppletur.

Ex quibus omnibus optima ratione colligitur, Er- 15
nestum non amplius memoratum Georgium vindicare posse, sed illum posteriori domino relinquendum esse.

DISQUISITIO V.

De alienatione rerum pupillarium non rescindenda ab emptore.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. seqq.
Rationes decidendi. n. 6. et seqq.
Decisio. n. 18.

Flavio mortuo, ejus vidua Anna cum liberis de hae- 1
reditate transegit, atque praedia illorum tam allodialia, quam feudalia, vel emerat, vel permutationis jure acquisiverat. Postea vero cum filius primogenitus decessisset, Anna poenitentia ducta, contractum rescindi cupiebat, sub praetextu, quod nondum in scripturam relatus, item, quod res pupillorum immobiles, nullo praecedente judicis decreto, distractae fuerint, et sic contractus ipso jure sit nullus.

Unde dubitabatur; annon vidua teneatur pacta ser- 2
vare, et defuncti primogeniti sororibus germanis tantum restituere pretium, quantum ex contractu illo debebatur?

Conventum erat, ut hicce contractus insereretur in- 3
strumento de divisione haereditatis conficiendo, tales vero contractus, quos in scriptis fieri placuit, ante scripturam perfectos non esse constat ex *l. contractus 17. c. de fide instrum.* Deinde bona pupillorum immo- 4
bilia nullo praecedente judicis decreto alienari nequeunt, sed si ea fuerint in alium translata, isthaec alienatio ipso jure nulla est, *per l. 12. et tot. tit. c. de praed. et al. rebus min. sine decr. non al.* adeo, ut minor non opus habeat ad beneficium restitutionis in integrum provocare, sed sola nullitatis querela tutus sit; Simoncell. *tr. de decret. in contract. min. lib. 1. tit. 1. n. 46.* Quod et ita verum est, ut decretum con- 5
firmatorium judicis superveniens nihil operetur, *cum*, quod nullum est, confirmari non potuerit. Carpz. *lib. 3. resp. 68. n. 18. seq.* Ut proinde viduae intentio fundamento non destituta esse videatur, cum, quod ipso jure nullum est, ab eo utraque pars impune resilire possit. *arg. l. 3. c. de ll.* Wes. *cons. 2. n. 27.*

At vero, quia literae non praecise requiruntur ad 6
substantiam emptionis venditionis, cum sufficiat mutuus contrahentium consensus, et regulariter tantum

probationis causa accedere soleant, nisi expresse conventum, quod contractus non aliter perfectus esse debeat, nisi accesserit scriptura. *d. l. contractus.* 17. *c. de fid. instr. et ibi dd.* dn. Praeses *de cautel. contract. sect.* 2. *cap.* 8. §. 1. *et seqq* quod tamen hoc in casu factum non est, cum contrahentes utrinque adeo pure consenserint, ut hic contractus non tantum perfectus, sed etiam decreto judicis confirmatus fuerit, fatente 7 ipsa vidua. Ex abundanti vero placuit, contractum hunc 8 libello divisionis inseri. Quod autem immobilia pupillorum bona hoc modo distracta fuerint sine decreto judicis praecedente, majoris quidem ponderis argumentum erat; quia tamen praesenti casu vidua non solum contractui consensum suum addidit, sed et ipsa emptrix fuit, inde per jura notissima proprium factum impugnare nequit *l.* 28. *pr. ff. de adept.* Et aequitas quoque, vel ipsa naturalis ratio non patitur, ut majorennis, qui a minore quid emit, in propriam utilitatem nullitatem contractus allegare possit. Joh. 11 a Sande *dec. fris. l.* 2. *tit.* 9. *def.* 17. *in med.* Certum enim est, quod in favorem pupillorum introductum sit, ut in alienatione bonorum immobilium decretum magistratus interveniat, ne scil. bona eorum dilapidentur, in praesenti autem casu, si contractus ob non justo tempore factam confirmationem rescinderetur, beneficium illis concessum in detrimentum illorum de- 12 torqueretur, quod foret contra *l.* 6. *c. de ll.* Pupilli insuper meliorem suam conditionem reddere possunt absque ullius auctoritate et interventione, non vero dete- 13 riorem. *pr. j. de aut. tut.* Hinc etiam hic omnino applicanda est dd. distinctio, inter nullitatem absolutam et respectivam. De illa intelligenda sunt ea, quae dicta sunt supra *n.* 4. *et* 5. De hac autem, quando nullitas tantum introducta in favorem certae personae, uti hoc casu in favorem pupilli vel minoris, tunc minor quidem ad nullitatem provocare potest, non autem major, qui sibi imputet, quod non cautius mercatus fuerit. *arg. l. non eo minus.* 14. *c. de procurat.* et ibi Brunnemann. *n.* 10. Mynsing. *cent.* 2. *obs.* 36. 14 Ulterius viduae a contractu discessurae obstat, quod ipsa vidua per curatorem suum ad litem mox post contractum a judice decretum petierit et impetraverit. Ergo, quantum ad viduam decretum impetrantem, hoc retrahendum est ad tempus contractus; nam ut omnis ratihabitio, ita et ratihabitio magistratus retrotrahenda est. *arg. cap. ratihabitionem.* 10. *de r. j. in* 6*to.* 15 Nec obstat, quod in contrarium urgeri possit, alienationem statim ab initio nullam, nec ex post facto subsistentiam capere posse. *l.* 39. *ff. de r. j. c.* 18. *de r. j. in* 6. cum, quod nullum est, confirmari nequeat, *per alleg. locum.* Carpzov. *l.* 8. *resp.* 68. *n.* 18. *sq.* 16 Verumtamen si id, quod deest negotio, postea accesserit, nihil vetat, quominus validum negotium esse videatur, ex ratione *l.* 1. *ff. de o. j.* indeque per subsequens decretum venditio haec imperfecta sine dubio 17 perficitur et confirmatur. Gail. 2. *obs.* 1. *n.* 18. Et quamvis etiam confirmatio ejus, quod nullum est, non valeat, valebit tamen, tamquam nova dispositio et confirmatio. Matth. Berlich. *p.* 1. *d.* 144. *n.* 11. praesertim intuitu viduae majorennis, ad cujus instantiam hoc decretum secutum erat; ulterius enim Berlichii sententiam non admitto, sed ipsi Carpzovio *loc. cit.* subscribo.

18 Hinc vidua mortui privigni sororibus germanis pecuniam ex emptione feudi debitam solvere tenebitur, neque emptionem semel legitime et valide contractam rescindere poterit.

DISQUISITIO VI.

De refutatione feudi in agnatum remotiorem sine consensu domini facta et retentione ob melioramenta.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *et seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 11.

Gallus Aquilius agnato suo Joachimo refutaverat feu- 1 dum paternum, ita tamen, ut refutanti ex feudo solverentur 2500. thaleri, quos ipse in feudum de peculio suo impenderat, et quoniam haec pecunia a Joachimo non statim solvi poterat, conventum fuit, ut feudum oppignoraretur, et ex mutuata pecunia hi 2500. solverentur. Ad hujus pignoris solutionem Gallus ex futura sua haereditate Joachimo 2500. thal. assignavit, quae tamen omnia sine domini directi, proximiorisve agnati consensu facta erant. Unde postquam ad implendam conventionem mutua pecunia a Möllero sumpta, et ad hujus securitatem feudum, hypothecae nexu ligatum fuerat, nec multo post Gallus e vivis excessisset, supervenit Ludovicus agnatus proximior Joachimo, annullationem refutationis petens, feudumque proximitatis jure revocare cupiens, atque tunc dubium oriebatur:

Annon Joachimus vi refutationis, vel ad minimum 2 crediti, feudum possidere, summque jus in Mollerum licite transferre potuerit, et annon proximus successor ex bonis propriis feudum reluere, dominus vero feudi ad minimum in jus crediti consentire teneatur?

Indubitata quidem res est, refutationem feudi in a- 3 gnatum remotiorem non valere, nisi proximior consenserit, alioqui huic jus revocandi conceditur 2. *f.* 26. §. *Fitius.* dn. Praeses *ex j. feud. c.* 19. *qu.* 20. Struv. *s. j. f. c.* 13. *th.* 16. *n.* 3. *et dd.* ad hunc textum.

Neque feudi oppignoratio sine consensu domini va- 4 lida est. 2 *f.* 55. ut hinc nec crediti quidem jure 5 Joachimus, neglecto domini consensu, feudum retinere, multo minus jus tale in alium transferre potuerit. *l. nemo plus* 54. *ff. de r. j.*

At vero quoniam refutans jus suum ex melioratione 6 feudi quaesitum ad repetendos 2500. thlr. in Joachimum transtulit, et valide transferre potuit, cum meliorationes censeantur jure allodialium. Schrader. *de feud. p.* 7. *c.* 2. *n.* 24. *et p.* 10. *sect.* 18. *n.* 127. Mev. *p.* 3. *decis.* 368. Struv. *c.* 15. *th.* 19. indeque proximior 7 agnatus Ludovicus feudum revocans Joachimo summam istam 2500. thlr. tamquam debitum feudo connexum solvere tenetur, et antequam solutio ista fiat, Joachimus jure retentionis sese defendere bene potest; ob meliorationes enim jus retentionis in feudo concedi, expeditum est. Struv. *Synt. j. f. c.* 15. §. 16. *n.* 2. quale jus ad alios transferre nemo prohibetur, 8 cum sit allodiale, ut hinc etiam Mollerus et jure a Joachimo sibi cesso, illa retentionis exceptione uti va-

leat, donec Ludovicus summam illam solverit. vid. Mev. *p.* 4. *dec.* 307.

9 Neque vero contradictio domini feudi, aut neglectus ejus consensus hic impedimento esse potest, quia consensu domini in feudi refutatione plane non est opus, si haec in remotiorem agnatum facta, cum domino nullum fiat praejudicium, et remotior quoque agnatus jus ex prima investitura quaesitum habeat, per tradita H. Pistoris *p.* 2. *qu.* 6. *n.* 19. Rosenthal. *de feud.* 10 *c.* 9. *m.* 1. *n.* 12. Deinde hoc casu dominus feudi consensum denegare non potest, quia non ad refutationem, sed ad pecuniae in feudum impensae restitutionem consensus exigitur, quae ita privilegiata, ut etiamsi dominus non consenserit, tamen ex feudo solvenda sit, uti id de Pomerania asserit Ern. Cothmann. *o.* 3. *resp.* 21. *n.* 16. *seq.*

11 Quapropter feudum quaest. non quidem jure refutationi, sed tamen jure crediti tamdiu retineri posse asserimus, donec revocans Ludovicus meliorationis impensas 2500. thlr. solverit.

DISQUISITIO VII.

De fidejussore, postquam pro debitore principali solvit, usuras usurarum a fidejussore indemnitatis petere non valente.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 26.

1 Levinus *anno* 1614. a Johanne 1000. fl. sub usuris mutuo acceperat, constitutis fidejussoribus Curtio, Justino et Heinsio, quibus vero alii accesserunt fidejussores indemnitatis, scil. Ernestus, Joachimus et Friderieus. Cum ergo principalis debitor, Levinus, post mortem suam concursum creditorum reliquisset, creditor Johannes autem a fidejussoribus primis solutionem crediti et usurarum obtinuisset: regressum sumpsere fidejussores principales contra fidejussores indemnitatis, et specialim adversus Friderici alterum filium, Petronium, in judicio camerae electoralis actionem instituerunt, in quo etiam Petronius per sententiam *d.* 6. *apr. an.* 1654. ad restituendam sortem et usuras, etiam eas, quae a tempore solutionis et factae cessionis de novo accesserunt, condemnabatur. Hinc nepotes et haeredes Friderici, qui tertius confidejussor indemnitatis fuerat, quaestionem proposuerunt:

2 An ipse ad hoc, ut fidejussoribus principalibus, eorumque haeredibus usuras usurarum solveret, compelli queat; vel an non potius post solutionem sortis et usurarum, usque ad alterum tantum, ab ulteriori interpellatione absolvendi essent?

3 Et quidem certum est et expeditum, quod fidejussor, qui creditori sortem et usuras pro debitore principali solvit, etiam usuras usurarum petere queat, quia ita usurae non manent, sed nova sors fiunt. Matth. Berlich. *part.* 2. *dec.* 268 *n.* 33. Scheplitz. *ad consuet. march. p.* 4. *tit.* 1. §. 2. *n.* 11. Hering. *de fidejuss.* 4 *cap.* 26. *n.* 103. Flagitat hoc praeterea fidejussio indemnitatis ipsa, quoniam primi fidejussores indemnes non servarentur, nisi a fidejussore indemnitatis totius summae solutae usuras a tempore solutionis restituerentur: quod enim fidejussores principales pecunia sua lucrari potuissent, id ad interesse illarum pertinet, et cessans lucrum pro damno reputatur. *l.* 13. *ff. rem. rat. hab. l. si manifeste. c. de servit. et aq.* Wesenb. *lib.* 1. *consil.* 34. *n.* 14. Quapropter fidejussores prin- 5 cipales, contra fidejussores indemnitatis ex stipulatu, ut omnino indemnes praestarentur, agere et hinc Friderici quoque haeredes ad solvendas usuras usurarum compellere posse videbantur.

Verum, quia in casu praesenti fidejussores primi non 6 adversus debitorem principalem regressus utebantur, sed a fidejussoribus indemnitatis, id quod sibi aberat, recipere cupiebant. dd. autem illo tantum casu fidejus- 7 sorem usuras usurarum petere posse statuunt, si ipse pro debitore principali solverit, et adversus hunc regressum instituat. Berlich. Scheplitz. Hering. *cit. locis.* Nam alias in genere usurae usurarum prohibitae, ut 8 nec ex pacto, nec inter mercatores valeant. *l.* 28. *c. de usur.* Carpzov. *p.* 2. *const.* 30. *def.* 29. Juxta quam 9 generalem prohibitionem tamdiu judicandum, donec contrario jure vel consuetudine aliud inductum, de quo vero in his terminis nihil apud dd. reperiri poterit. Quandoquidem in casu nostro notabilis adest diversi- 10 tatis ratio; quod enim fidejussor a debitore usuras usurarum petere possit, id ideo fit, quia fidejussor actione mandati contra principalem debitorem uti potest; per *l. si mandata* 45. §. 5. *et* 6. *ff. mandat.* Johan. Zanger. *de except. p.* 3. *cap.* 25. *n.* 79. Hering. *d. c.* 24. *n.* 94. Cum igitur actio mandati bonae fidei sit, 11 *per* §. 28. *inst. de action.* etiam mandatarius respectu 12 ejus, quod pro mandante impensum, ex dispositione juris usuras petere non prohibetur. *per l. si vero* 12. §. *si mihi mandaveris* 6. *ff. mand. l. post. solutionem* 18. *c. mandat. cap. pervenit* 2. *x. de fidejuss.* Praete- 13 rea fidejussor, creditori satisfaciendo, liberat debitorem principalem ab insigni incommodo, ipsius enim bona alias excussa fuissent, ipsumque solvere oportuisset, ut hinc ad usuras usurarum teneatur. *per l. et in contraria* 37. *ff. de usur.* Utrumque vero hoc momen- 14 tum in casu proposito plane cessat. Non enim alia actio fidejussoribus primis adversus fidejussores indemnitatis competit, nisi ex stipulatu, quam tamen actionem stricti juris esse, controversia caret. Ut adeo ex natura actionis nullae usurae multo minus usurae usurarum peti valeant. *arg. l.* 3. *c. de usur. l.* 1. *c. de condict. indeb.* Postea quoque manifestum est, solutionem non fieri in 15 gratiam fidejussoris indemnitatis, sed tantum principalis debitoris, quoniam hic per solutionem hanc ab obligatione quadam liberatur, ille vero revera per eam obligationis nexu constringitur. Ubi itaque diversissima juris ratio est, ibi eadem dispositio obtinere non debet. Wesenbec. *consil.* 239. *n.* 21. Et licet primi fidejussores ju- 16 ra creditoris per cessionem in se translata teneant, et sic ex jure cesso contra fidejussores indemnitatis agere queant, tamen per jura vulgata manifeste disponitur, quod cedens nihil amplius juris in cessionarium transferre valeat, ac ipse habuit; *l. nemo plus* 54. *ff. de divers. r. j.* Et quae exceptio obstat cedenti, etiam 17 cessionario obstet. Brunn. *de cession. action. cap.* 6. *n.* 2. Jam autem ne ipse quidem creditor usuras usu- 18 rarum petere posset *cit. l.* 28. *c. de usur.* adeoque multo minus fidejussores ex jure cesso eas exigere poterunt. Sed nec obstat iis, quae hactenus dicta sunt, 19

quod hac ratione primi fidejussores nihilominus damnum sentiant, cum tamen eis indemnitas a fidejussoribus promissa esset Quia haec etiam promissio stricti juris est, nec ultra suos terminos extendenda; in tantum etenim indemnitas promissa fuit, in quantum primi fidejussores pro principali debitore solverint, hoc est, ad tantam pecuniae summam restituendam, quanta in cessione creditoris expressa reperitur. *arg. l. si ita* 150. *ff. de v. s.* Itaque promissio indemnitatis ad usuras usurarum extendi nequit, cum de illis tempore contractus ne quidem cogitatum fuerit. Neque etiam primi fidejussores proprie pro damno reputare possunt, quod usurae usurarum ipsis denegentur, quia in *l.* 2. *in f. ff. de eo quod certo loc.* cessans lucrum expresse damno opponitur. Ergo hi fidejussores non de damno vitando, sed potius de lucro certarent, usuras usurarum petendo; nam hae sine dubio lucrum continent. Fidejussores vero indemnitatis damnum incurrerent, si usuras usurarum solvere compellerentur; quod in praesenti casu tanto magis est attendendum, quia fidejussoribus indemnitatis nullus plane regressus patet adversus debitorem principalem, qui diu bonis cessit, adeoque in mero ac puro damno versantur. Jam vero jura omnia plus favent de damno vitando sollicitis, quam lucro captando inhiantibus. Et quod is, qui petit, lucro facturus est, in eo durior est causa petitoris. *l. in eo.* 33. *ff. de r. j.*

His igitur de causis existimatum fuit, haeredes Friderici, tamquam tertii fidejussoris indemnitatis, ultra solutionem sortis et huic cohaerentium usurarum, usque ad alterum tantum, quia tum cursus usurarum sistitur, *nov.* 121. *cap.* 1. ad ulteriores usuras usurarum compellendos non esse. Et ita quoque sententiam *de anno.* 1654. declarandam esse censemus.

DISQUISITIO VIII.

De exceptione divisionis, non obstante obligatione in solidum, etiam post rem judicatam opposita.

SUMMARIA

Casus. n. 1. *seqq.*
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 9. *seqq.*
Decisio. n. 19.

1 Postquam ergo secundum ea, quae dicta sunt in casu proxime praecedenti, haeredes fidejussoris indemnitatis Friderici id obtinuerunt, quod ipsi ad solvendas usuras usurarum, ad quas patruus eorumdem Petronius, condemnatus videbatur, non essent obstricti: restabat tamen adhuc quidpiam in sententia condemnatoria *de anno* 1654. quod illis durum videbatur. Non enim avus Fridericus fidejussor indemnitatis exstiterat solus, sed cum eo simul Ernestus et Joachimus, nihilo tamen minus sententia condemnatoria de tota summa a Petronio solvenda loquebatur. Unde nata controversia: an saepius dicti nepotes haeredesve totam sortem 1000. fl. una cum usuris, quemadmodum patruus ipsorum in sententia *de anno* 1654. condemnatus fuerat, solvere tenerentur?

3 Neque vero leviter nepotibus obstabat, quod memorata sententia in instantia appellationis confirmata fuerit, atque in rem judicatam transierit. Jam vero rei judicatae omnino standum. *l. fin. c. quomodo et quand. jud. sent. prof.* In tantum, ut licet per errorem vel inique pronunciatum, tamen auctoritas rei judicatae salva maneat. *l.* 65. §. 2. *ff. ad sc. treb.* Unde nec in- 5
strumenta noviter reperta attendantur; *l.* 4. *c. de re* 6
jud. Imo in casu nostro ne quidem dici potest, Petronium inique in solidum condemnatum esse. Etenim Fridericus, cum fidejuberet, non minus ac reliqui confidejussores indemnitatis manifeste se obstrinxerunt, quod omnes et singuli in solidum obligati esse velint, et sic beneficio divisionis renunciarunt, juxta tradita Hering. *de fidejussor. c.* 6. *n.* 53. Sicut ergo quilibet 7
favori suo valide renunciare potest. *l.* 29. *c. de pact.* 8
Ita dubium nullum apparet, quare Friderici renunciatio hic invalida sit, adeoque ejus nepotes tam ob hanc renunciationem, quam ob rem judicatam in solidum obligari videbantur, ad solvendam sortem cum usuris.

Verum enim vero, quia ex documento quopiam a ne- 9
potibus Friderici producto manifestum fiebat, quod primi fidejussores ipsi actionem erga fidejussores indemnitatis institutam, semel diviserint, et ab uno confidejussorum indemnitatis tertiam partem petierint non modo, sed et pro obtinenda satisfactione assignationem in locis quibusdam impetraverint; quo casu creditor sibi 10
praejudicat, quod debitorem unum pro rata solventem sponte admiserit, et quidem sine protestatione. *l. si creditores* 18. *c. de pact.* Et ita petitionem ab ipso 11
creditore divisam redintegrare, juris ratio non patitur. *per l. liberum fuit.* 16. *c. de fidejussor.* Sic etiam 12
contra bonam fidem ageretur, si fidejussores principales postquam de una tertia transegerunt, nihilominus solidum argenti debiti petere vellent. Cum transactio jus agendi tollat, et in quantum transactum, in tantum alicui satisfactum censetur. Ut sic idem adhuc semel exigendum non sit contra *l. bona fides* 57. *ff. de r. j.* Praeterea in instrumento super fidejussione indemnita- 13
tis confecto non hoc continetur, quod Fridericus beneficio divisionis renunciaverit. Licet enim ibidem verba reperiantur, quod omnes ac singuli velint esse obligati in solidum, tamen ex his non potest inferri, quod beneficio divisionis renunciaverint, per textum *in l. non recte* 3. *c. de fidej.* Carpz. *p.* 2. *const.* 17. *d.* 9. Hartman. Pistor. *obs.* 112 *n.* 29. Nam illa, quae jam tacite insunt obligationi fidejussoriae, scilicet ut quisque in solidum teneatur, si exprimantur, naturam negotii non mutant. Brunn. *ad d. l.* 3. *n.* 8. Quemadmodum 14
etiam generalis renunciatio omnium beneficiorum non tollit beneficium divisionis, siquidem speciali renunciatione opus fuisset, generali minime sufficiente. Carpzov. *d. const.* 17. *d.* 1. et quos ibi citat. Porro nec res judicata hic potest obstare. Nam ut taceam, multos dd. in ea 15
sententia esse, quod exceptio divisionis in ipsa executione opponi possit. Berlich. *concl.* 84. *n.* 24. et quos ibi citat. Insuper se fundat intentio nepotum Friderici in 16
instrumentis noviter repertis, qualia instrumenta non tantum post conclusionem in causa, per tradita Carpz. *process. tit.* 14. *art.* 1. *n.* 24. sed et post rem judi- 17
catam produci possunt, non obstante *l. sub specie* 4. *c. de re jud.* quia hic ex instrumento noviter reperto talis exceptio oritur, quae antea ignorata, et quae sententiam non infringit, sed modificat saltem, et hinc in executione opponi potest. Gail. *lib.* 1. *observ.* 113. *n.* 5. Et haec exceptio ex actuali divisione creditorum de 18
novo, ob ignorantiam justam praecedentem, post sententiam orta censetur, et sic opponi potest non obstan-

te rei judicata. *arg. l. 11. §. 5. in f de exc. rei jud. et arg. l. 1. c de rr jud.*

19 Itaque non in solidum, sed tertiam tantum debiti partem, ad quam Fridericus se fidejubendo obligaverat, nepotes primis fidejussoribus solvere teneri existimatum est.

DISQUISITIO IX.

De venditione rei per simulationem litigiosae.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3.
Rationes decidendi. n. 4. seqq
Decisio. n. 10.

1 Mevius in negotiatione sua detrimentum bonorum passus, et facultatibus lapsus erat; creditores autem ipsius, ligna quaedam ad debitorem pertinentia arresto constringi petierunt. Mevius, ut tanto melius sibi consuleret, cum famulo Titio transegerat, ut hic sub praetextu residui adhuc salarii, aliorumque sumptuum in res Mevii factorum 489. thal. in liquidationem deduceret, eorumque nomine in memoratis lignis, unice tamen in commodum Mevii, testantibus id reversalibus literis desuper exhibitis, arrestum quaereret et prosequeretur; quo insuper sub colore privilegiati debiti prioritatem tanto facilius obtineret. Quemadmodum etiam dicta praerogativa deinceps Titio per sententiam asserta fuit. Durante vero arresti hujus prosecutione. Mevius praefata ligna Sempronio, praecipuo ex creditoribus, in solutum cessit, eademque adventante tunc temporis verno sole tradere promisit, et hunc in finem dedit citato Sempronio specificationem lignorum quaestionis, cum facultate concessa, eadem, tamquam propria, accipiendi et in usum suum pro lubitu convertendi: Titius ex adverso, mortuo interim Mevio, dicta ligna Cajo vendebat, qui illa. Sempronio ignorante, avehi curavit. His igitur circumstantiis causae concurrentibus
2 dubitari poterat. An Mevio facultas competierit, Sempronio ligna quaestionis, durante simulata arresti prosecutione, vendendi?

3 Et quidem de eo constat, quod pendente lite nihil sit innovandum, et quod res, super qua lis mota, per alienationem ad alterum transferri nequeat, cum hoc ipso jure prohibitum sit. *tot. tit. ff. et cod. de litigios.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 118. *n.* 2.

4 Verum enim vero, quia ex literis reversalibus a Titio exhibitis manifestum erat, ejus petitionem nonnisi simulatam esse, et arrestum per simulationem, non in arrestantis, sed in arrestati debitoris commodum pe-
5 titum esse ac prosequutum: sicut et ipse arrestatus im-
6 pensas dedit ad prosecutionem, indeque ob incommodum etiam arresti commodum ad eum redundare de-
7 buit *l.* 10. *ff. de reg. jur.* luprimis quia decantati juris est, quod in omni actione id inspiciendum, non quod simulatur, sed quod revera agitur. *tot. tit. c. plus val quod agitur, quam quod simulat. concip. et ibi*
8 Bald et dd. comm. *c.* 13. *in fin. x. de sentent.* cum tituli falsi figmentum alteri dominium auferre non
9 possit. *l. si ancillam* 7. *c. de contrah. empt.* Unde in confesso apud dd. est, quod per contractum simulatum, nec dominium, nec possessio transferatur. *l.* 55. *ff. de contrah. empt. l. emptor.* 12. *et ibi* Bartol. *ff. de aqua et aquae pluv. arc.*

Hinc etiam Mevio, non obstante simulato arresto, 10 facultatem competiisse, memorata ligna alii, et quidem praecipuo ex creditoribus suis vendendi, sequitati non minus ac juri convenire censebatur.

DISQUISITIO X.

De traditione specificationis pro traditione rei non reputanda.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. seqq.
Rationes decidendi. n. 6. seqq.
Decisio. n. 14.

In casu jam addicto lis intercedebat inter Cajum et 1 Mevium, quae tandem transactione composita, vi cujus Cajo certa lignorum quantitas promittebatur, traditione ejusdem in futurum ver dilata Tempore definito elapso, Mevius specificationem lignorum tradendorum Cajo exhibet, et non ita multo post bonis labitur. Orto itaque creditorum concursu, Cajus sibi consulere, et jure dominii haec ligna vindicare, actionemque realem instituere coepit. Contradicunt hic reliqui creditores, illumque sal em actione personali experiri posse contendunt, quia ligna nondum legitime tradita. Unde 2 orta quaestio: annon ista lignorum specificatio Cajo tradita pro reali eorumdem traditione haberi debeat?

Et haec quidem quaestio fronte prima videbatur af- 3 firmanda cum traditio etiam per actus fictos fieri queat, ut si rem in conspectu meo ponere jubeam. *l. pecuniam* 79. *ff. de solut.* Imo in terminis hoc decisum 4 videtur in *l.* 1. *c. de donat.* ubi instrumento tradito 5 etiam rei traditio facta censetur, quo textu moti dd. generaliter statuere solent, quod per instrumenti traditionem possessio transferatur. Hugo Donell. *lib.* 5. *comm. cap.* 9. *in f.*

Verum enim vero, quia traditio facti est, indeque 6 nisi evidenter de ea constet, praesumi non potest; nec traditio ficta alia ratione admitti debet, quam quatenus eamdem jura admittunt. Jam autem de traditione 7 quaestionis id nec ex textibus allegatis, nec etiam ex aliis evinci poterit. Etenim in *l.* 79. *ff. de solut.* de 8 naturali ac actuali traditione, cui tamen contrectatio alterius non accesserat, agitur, qui casus a praesente diversus, cum a venditore Mevio ligna actualiter tra- 9 dita non fuerint. Praesertim, cum ne praesentia quidem adfuerit, quod praesupponit tamen quam maxime Jctus *in d. l.* 79. *ff. de solut. conf. l.* 1. §. 21. *ff. de acquir. poss. l. clavibus* 74. *ff. de contrah. empt.* Nec *l.* 1. *c. de donat.* quae certius probare negotium 10 videbatur, quicquam ad rem facit, cum ex veriori dd. opinione ibi non asseratur, quod instrumento de re confecta tradito, possessio transferatur, sed agitur ibi de casu, si iste tradatur instrumentum, in quo continetur jus vel titulus venditoris, quo ipso rem acquisiverit, quod sic simul jus suum transferre et possessionem tradere videatur, ut hinc illa lex de quovis alio instrumento non intelligenda. Hartmann. Pistor. *observ.* 31. *n.* 8. Carpz. *p.* 2. *const.* 33. *def.* 15. Didacus Covarruv. *lib.* 3. *resolut. cap.* 16. *n.* 12. At vero 11

praesenti casu ne quidem legitimum instrumentum traditum est, sed simplex designatio, qua Sempronio data libertas est, ligna vendita occupandi, quae realis occupatio, cum a parte Sempronii minime secuta fuerit, 12 non possunt ligna pro traditis agnosci. Nisi tamen Sempronius probare valeat, illo tempore, quo designatio tradita, simul pactum constituti possessorii inter se et Mevium intervenisse. Ita enim ex hoc capite 13 possessio pro translata habenda esset. Nam cesso instrumento venditionis vel assignatione aliqua, si fiat extra conspectum rei, etiamsi omne jus, tam in proprietate, quam in possessione competens cessum fuerit, non tamen transfertur possessio, nisi clausula constituti possessorii in specie fuerit adjecta. Ludov. Post, *tr. de manutenent. observat.* 20. *n.* 3. *et* 4. Hoc constitutum enim et naturalem et civilem possessionem transfert. Mev. *p.* 5. *decis.* 159. *et dec.* 232.

14 Itaque lignorum designationem traditam pro actuali traditione lignorum haberi non posse, nec Mevium vi praetensi juris realis creditoribus caeteris praeferri debere existimamus.

DISQUISITIO XI.

De exercitio juris patronatus in dynastia litigiosa.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 7. *seqq.*
Decisio. n. 17.

1 Inter duas personas illustres magna vertebatur lis de dynastia quadam, cui annexum erat simul patronatus jus. Altera litigantium nobis Ursula appellabitur, quae Achatio de dicta dynastia, immo et ejus possessione controversiam movit. Interim vero ecclesia quaedam in dynastia litigiosa pastore fuit orbata, et cum Achatius jure patronatus novum ministrum vocaret, 2 Ursula hoc impedire tentabat. Quaerebatur: an Anchatius prohiberi jure potuerit?

3 Ursula suam intentionem satis probasse sibi videbatur, allegando principale rescriptum, vi cujus omnia in statu, quo tunc, relinquenda essent, donec super possessione legitime pronunciatum, quare nec circa jus patronatus ab una parte quidquam suscipi posse credebat. Et quoniam adhuc processus de dynastia quaestionis agitabatur, notam juris regulam pro se militare existimabat: quod lite pendente nihil sit innovandum. 5 *t. t. x. ut lit. pend. nihil innovetur.* Unde porro certi juris est, neutram partem, re ita comparata jure vocandi pastorem uti valere, sed ad officium vacans, ab episcopo, vel consistorio, per quod jura episcopalia exercentur, 6 personam eligi debere. Lite enim pendente super jure patronatus, episcopus loci providere, et alium pastorem instituere debet. *c.* 3. *x. de jur. patron. ibique* Panormitan. *n.* 4. Fulv. Pacian. *de probat. lib.* 1. *cap.* 47. Ut ita Achatius omnino videatur in vocatione novi pastoris impediri posse.

7 At vero quoniam ex adverso certum est, jus patronatus dynastiae controversae cohaerere, adeoque cum illa transferri; translato enim feudo, transfertur quoque jus patronatus. Sigism. Finckelthaus *de jure patron. cap.* 5. *n.* 9. Balb. *de praescript. p.* 1. *partis* 5. *principal. qu.* 9. *n.* 4. Dynastia vero quaestionis 8 per testamentariam successionem in Achatii parentem translata fuerat. Et ipse Achatius, juxta tenorem istius 9 testamenti, per rescriptum serenissimi in possessione manutenentiam obtinuerat: adeo, ut licet non tamquam 10 haeres, nihilominus tamquam bonorum possessor, in quem jus patronatus aeque ac in haereditatem transit, Ruchus de Curte *de jur. patronat. membr.* 10. *n.* 23. jus vocandi exercere posset. Praesertim, quia Achatius 11 in possessorio per duas conformes sententias confirmatus erat, et ita, donec in petitorio aliud deductum fuerit, pro legitimo possessore habendus. Qui vero in 12 possessione praedii jus patronatus annexum habentis est, ille quoque jus praesentandi et vocandi exercere poterit, cum fructus ad eum pertineant; praesentatio vero est in fructu. *c. consultationibus.* 19. *x. de jur. patronat.* Roch. de Curt. *d. tr. ratione jus patronatus quibus competat. n.* 33. Unde et ad conductorem jus 13 patronatus transire, evincit Finckelthaus. *d. cap.* 5. *n.* 21. *et* 22. Cui etiam accedit, Achatium in quasi 14 possessione ipsius juris patronatus esse, dum ipse praecedentem pastorem sine partis adversae contradictione vocavit; in possessione vero juris patronatus defen- 15 dendus est ille, qui ultimum vocationis actum bona fide exercuit. Carpzov. *jurispr. consistor. lib.* 1. *def.* 21. *n.* 8. *seq.* Cardin. Tusch. *lit. j. conclus.* 603. *n.* 1. *et* 2. Reinking. *de regim. sec. et eccles. lib.* 3. *class.* 1. *cap.* 9. *n.* 17. Finckelth. *d. tr. cap.* 6. *n.* 27.

Quod autem ab Ursula urgebatur, id facili negotio refelli poterat; rationes enim *numeri* 3. *et* 4. de rescripto principis et omittenda novatione pendente lite, per se statim corruunt, quia super possessorio jam pronunciatum, vid. *n.* 11. et sic rescripti prohibitio finem sortita est. Ulterius nihil ad rem facit *cap.* 3. 16 *x. de jur. patron. n.* 6. adductum, quippe non est hic lis pendens super jure patronatus, quod nunquam in controversiam venit, et alias a possessore dynastiae separari nequit. Inde etiam, quod lite pendente nihil innovandum, huc trahi non potest.

Et ex his omnibus colligebatur, Achatium in voca- 17 tione novi pastoris ad ecclesiam vacantem impediri non posse.

DISQUISITIO XII.

De arresto simulate interposito, an prosit in debito vero, quod protestando sibi reservaverat?

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidend. n. 7. *seqq.*
Decisio. n. 15.

In eadem causa disceptabatur adhuc de facto Titii, 1 qui ex simulato contractu obtinuerat, ligna ad ipsum pertinere, et sub hoc praetextu eadem Cajo vendiderat, qui illa quoque occupaverat; verum detecta simulatione, ex alio capite lignorum proprietatem sibi vindicabat, docendo, quod revera Mevius pro salario residuo ipsi ad summam non modicam obstrictus esset; salarii vero causam aliis creditoribus potiorem esse. Hinc quaerebatur:

An Titius solutionem reliquorum debitorum, quae 2

praeter nomen simulatum Mevius illi debet, ex lignis quaestionis, non obstantibus literis reversalibus a se datis, praetendere, et hinc illa vendere potuerit?

3 Equidem ex literis istis reversalibus super simulato contractu datis apparet, quod Titius expresse hoc sibi reservaverit, ne ille salario suo, penes Mevium resi-
4 duo, aut imputorum lucrando, praejudicarent. Ejusmodi protestationes vero et reservationes jus alterius omnino salvum conservant, per jura notissima. *l.* 4. §. 1. *ff. quib. mod. pign. solv. l.* 20. *pr. ff. de acquir.*
5 *haered.* praesertim vero, si protestatio facta illi, cum quo actus geritur, et ipse actus contrarius in continenti sequatur. Constant. Rogger. *tr. de protestat.* §.
6 *secundo videamus n.* 15. Ut hinc literae reversales Titio non obstare videantur, quominus is ex lignis salarium suum mediante venditione persequeretur.

7 Attamen, quia praesenti casu non quaeritur: an Titio competat facultas, reliqua credita sua a Mevio adhuc praetendendi; quippe quod merito asserendum, cum protestatio Titii illum effectum habeat, ut actione
8 personali Mevium convenire possit. Sed potius in controversia est: an protestatio hoc effecerit, ut arrestum in utilitatem Mevii impositum trahi possit ad alia Titii credita, ita, ut horum respectu jus reale in lignis illis fuerit consecutus, et per consequens distra-
9 here dicta ligna potuerit? Quod varias ob rationes negandum venit. Nam unice in commodum Mevii arrestum fuerat constitutum, in tantum, ut Titius promiserit, ligna se omni diligentia translaturum, quocumque Mevius voluerit, juxta clara verba reversus; jam autem iniquum foret, hoc pactum in solam Mevii utilitatem initum in odium ejusdem velle detorquere,
10 contra *l. quod favore.* 6. *c. de ll.* Et hoc modo reversus integer intentioni Mevii contrarius esset, qui sane hac ratione pactum non iniverat: cum nemo praesumatur contra propria commoda militare, et plane inutilia pacisci; unde et omne pactum ita explicandum, ne paciscenti sit inutile, vel ne dispositio sit elusoria. *l. si quando.* 109. *ff. de legat.* 1. Card. Mantica *de tacit. et ambig. convent. l.* 2. *tit.* 12. *n.* 30.
11 Hinc et facienda interpretatio secundum mentem contrahentis, ita ut utilior significatio pro eo arripiatur.
12 *l. si quis intentione.* 66. *ff. de judic.* Immo manifestam involveret pugnam, cum prius in reversu dicitur: *Titium unice in utilitatem Mevii arrestum prosecuturum*, si postea clausula reservatoria, quam Titius ob alia credita sua subjunxit, ejus efficaciae esset, ut per eam Titio jus in arrestatis lignis adquiri potuisset, qua ratione, quod una manu concessum, altera iterum adimeretur; quod non praesumendum, praesertim, cum interpretatio ita facienda, ne quis in continenti se cor-
13 rigat. Casp. Klock. *vol.* 2. *consil.* 23. *n.* 9. Hinc ex praecedentibus clausula illa reservatoria potius interpretanda, cum clausulae anteriores habeant virtutem declarandi respectu posteriorum. Klock. *d. consil.* 23. *n.* 18. De caetero autem, utut salaria ministrorum et famulorum ita sint privilegiata, ut virtute sua prioritate gaudeant prae omnibus aliis creditoribus, sive hypotheca, sive arresto gaudentibus, Carpzov. *p.* 1. *c.*
14 28. *d.* 25.. Hartmann. Pistor. *p.* 1. *q.* 8. *in fin.* Attamen huic prioritati jus hypothecae non annexum est, adeoque in bonis adhuc penes debitorem existentibus prodest, sed vindicationem contra tertium possessorem non parit. Vid. dn. Praeses in not. ad Lauterbach. *tit. de privil cred. p.* 901. *verb. personali privilegio.*

Et eapropter Titio reversales literae omnino obsta- 15
bant, ne ipse jus in lignis arrestatis, crediti sui nomine, praetendere potuerit; ex quo sequitur eum in alienatione lignorum contra jura egisse, neque illa ad Cajum ullo titulo transferre potuisse.

DISQUISITIO XIII.

De matre diversas dispositiones ultimas inter liberos condente.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seq.*
Rationes decidendi n. 10. *seqq.*
Decisio. n. 14.

Nobilis quaedam vidua tribus diversis vicibus ultimam suam scripserat voluntatem; ita tamen, ut prima vice pauci saltim testes adfuerint: secunda septem equidem subscripserint, verumtamen non subsignaverint; tertia vero dispositio coram senatu quidem condita fuerat, non tamen sigillo senatus confirmata, indeque dubitabatur: quaenam ex dispositionibus istis 2
pro valida debeat haberi? an una tantum, an omnes?

Volebat quidem praedicta vidua inter solos liberos 3
testari, et actu ipso ita disposuit, quod et salvo jure ipsi facere licuit, quia beneficium testandi inter liberos non patri tantum, sed etiam matri competere notum est. *l. hac consultissima.* 21. §. *ex imperfecto.* 1. *ibi: parentibus utriusque sexus. c de testam.* Hartmann. Pistor. *part.* 1. *qu.* 1. *n.* 15. Gail. *obs.* 112. *n.* 20. *lib.* 2. Unde quamlibet ex hisce dispositioni- 4
bus per se de jure valere posse existimabatur. Quippe 5
primum testamentum holographum erat testatricis, totum ab ipsamet scriptum atque subscriptum, quod ad validitatem testamenti inter liberos sufficit, etiamsi nulli testes adhibeantur. *auth. quod sine, c. de testam.* Anton. Faber. *cod. lib.* 6. *tit.* 5. *def.* 24. *n.* 5. Altera 6
vero dispositio per se ideo de jure valebat, quia septem testium subscriptione munita est. Subsignationis vero defectus non obest, cum illam saltem jus civile solemnitatis gratia requirat; in testamento vero inter liberos tantum simplicitas juris gentium attenditur. Gail. *d. lib.* 2. *obs.* 112. *n.* 2. *et* 17. Ultima 7
tandem exinde firma existebat, quia testatrix in curia praesens supremam voluntatem suam conscribi, sibique postea coram senatu congregato praelegi curaverat: ulterius quoque propriae manus subscriptione eamdem scripturam confirmaverat. Si enim testamentum inter 8
liberos validum est, si modo a testatrice subscriptum, licet ab alio conscriptum sit. Carpzov. *part.* 3. *const.* 4. *def* 18. Hartman. Pistor. *d. qu.* 1. *n.* 6. Multo 9
magis valebit, si praesente toto senatu testamentum inter liberos confectum, a testatrice subscriptum, atque consulis, qui simul civitati a secretis erat, et publici notariatus praerogativa gaudebat, subsignatione et subscriptione roboratum; ideoque ex singulis testamentis actionem diversis legatariis competere credebatur.

Attamen quia nemo, excepto milite, plura testamen- 10
ta moriens relinquere potest, ut scil. singula vim ac

robur ultimae voluntatis habeant, quia semper posterior dispositio priori derogat. §. 2. *et* 3. *inst. quib.*
11 *mod. test. infirm.* Testatrix etiam in ultima dispositione generaliter de bonis suis in judicio testata erat, neque vero anteriorum dispositionum fecit mentionem, sic enim jure fideicommissi priores dispositiones subsistere potuissent, propter adjectam in posteriori testamento clausulam codicillarem. §. *sed etsi* 3. *inst.*
12 *quib. mod. test. in firm. et ibi dd.* Imo nec inde efficacia prioribus testamentis accedere poterat, quod testatrix illa in specie non revocaverit, cum hoc nullo jure necessarium sit. *l.* 4. *ff. de adim. legat. l.* 22. *ff. de legat.* 3. etiamsi prioribus clausula derogatoria fuisset adjecta, nam haec non impedit vim posterioris testamenti. Anton. Faber. *de error. pragm. decad.* 27. *n.* 7. Carpz. *p.* 3. *const.* 5. *def.* 19. *n.* 7.
13 Nec provocari hic poterat ad beneficium praetoris, qui quandoque etiam ex duobus testamentis bonorum possessionem concedit. *l.* 1. §. 6. *ff. de bon. poss. secund. tabb.* hoc enim tunc procedit, si non constat, quodnam testamentum prius sit, quodnam posterius. vid. dn. Praeses *in tract. de success. ab intestat. diss.* 9. *c.* 4. §. 31. *seqq.* hic vero constat, quodnam posterius sit.
14 Hinc solum ultimam voluntatem coram senatu factam valere, anterioribus dispositionibus ipso illo testamento judiciali tacite sublatis, reputatum est.

DISQUISITIO XIV.

De usu pascuorum communium, quod civi immunitatis jure gaudenti denegari non possit.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 12. *seqq.*
Decisio. n. 19.

1 Serenissimus elector brandenburgicus nobili cuidam familiae domum quamdam, immunitatis jure gaudentem, et in civitate Gardelia sitam, una cum certis agris, itidem ab oneribus exemptis, sub nexu feudali concesserat. Hae postea aedes cum pertinentiis suis in divisione fraterna obtigerant Jacobo, qui propterea domicilium suum eodem transtulit, et ad melius instituendam domesticae rei curam boves aratorios ad culturam agrorum eo felicius expediendam comparavit. At vero memoratae civitatis senatus pecudes Jacobi ad gregem civicum admittere, eidemque pascua loci communia concedere recusabat. Inde nascebatur quaestio:
2 an non Jacobo aeque ac aliis civibus communis pascua paterent, ejusque pecudes ad gregem communem admittendae essent?
3 Quas quidem pro sua intentione senatus attulerat, rationes, non erant nullius momenti. Namque antea nemo ex harum aedium possessoribus pecudes aluerat.
4 Novitates vero non sunt inducendae. Salicet. *in l.* 2.
5 *c. nova vestig. col.* 1. Si enim anteriores possessores jus habuissent commodum ex cultura pecudum percipiendi; et pascuis communibus una cum reliquis
6 civibus utendi, sine dubio jure suo usi fuissent. Quia nemo jus suum negligere praesumitur. Cravetta *cons.* 77. *n.* 11. *col.* 5. Vult. 1. *cons. marpurg.* 22. *n.* 8. Accedebat, quod possessoribus antecedentibus tantum 7
pascua pecudes alere precario concessum fuerit; quod non tantum jus nullum tribuere potest, cum precarium pro lubitu concedentis sit revocabile *l.* 1. *et t. t. ff. de precar.* sed etiam per eam pro intentione se- 8
natus prior observantia, quod scil. alias nemo unquam in hoc praedio boves aluerit, declaratur, nimirum, quod non ex libera facultate, sed ex necessitate commodum hoc anteriores possessores omiserint. Omnes enim actus praecedentes interpretatur observantia subsecuta. Berous *cons.* 91. *n.* 16. Bursatus *cons.* 326. *n.* 6. *vol.* 3. quae regula ita intelligenda est, si de 9
substantia et initio conventionis non constet, prout hic: ut tunc praesumatur, quod talis praecesserit permissio, qualem observantia subsequens demonstrat, secundum ea, quae tradit Barbos. *thes. loc. com. tit.* 13. *cap.* 10. *ax.* 1. versu: *declara regulam.* Tandem 10
ipsa quoque aequitas postulare videbatur, ut domus ab oneribus civilatis exempta commodis quoque civitatis careat, per aequissimam regulam *legis* 10. *ff. de r. j.* Atque hinc possessor aedium quaestionis Jacobus com- 11
modis illis, quae civibus reliquis ob onera communia competunt, inter quae referendum jus pascuorum communium, uti non posse videbatur.

Verum enim vero, quod privilegium omne ita ve- 12
niat interpretandum, ne privilegiato plus noceat, quam prosit, vulgo notum est. *arg. l. quod favore* 6. *c. de ll.* Quae enim pro utilitate alicujus sunt constituta, ea duriore interpretatione contra ejus commoda produci ad severitatem nulla juris ratio permittit. *l.* 25. *ff. de ll.* Non ergo credibile est, serenissimum 13
per concessionem immunitatis ab oneribus civicis voluisse simul communia commoda possessoribus adimere, cum notissimi juris sit, jus pascendi in pascuo publico omnibus civibus commune esse, Ant. Ferdinand. de Otero *tract. de pascuis cap.* 3. *n.* 5. Caepolla
tract. de servitut cap. de servit. jur. pascendi n. 47 In- 14
primis, quia pascua communiter ob fundos, quos quis possidet, conceduntur: at vero varia agrorum jugera, ut jam dictum, ad domum quaestionis pertinebant, in quibus reliqui cives tempore opportuno pascuis utuntur, ut adeo ipsi quoque possessori hujus domus idem jus in reliquorum civium agris merito concedendum sit. *arg. tit. ff. quod quisque jur.* Solet enim pro modo agrorum jus pascendi determinari. Otero *d. c.* 3. *n.* 15. *seqq.* Neque vero obstat, quod adductum est 15
de contraria observantia, et de neglecto commodi alicujus non praesumendo: quia licet ejusmodi negligentia non praesumatur, tamen commissa in rebus, quae merae facultatis sunt, non potest praejudicare jure suo imposterum usuro.

Precaria vero concessio, cujus facta mentio *n.* 7. 16
tantum a senatu fiebat conductoribus domus, Jacobo autem opponi nequeant ejusmodi pacta ab aedium conductoribus cum senatu inita, quippe quae domino praejudicare non possunt. *l.* 27. *ff. de procurat. l. ult. c. de acquir. vel admitt. possess.* Imo ne quidem ob- 17
servantia contraria opponi potest, cum nunquam Jacobi majores domicilium ibidem plene constituerint. Tandemque reliquis civibus damnum nullum datur 18
ob id, quod quaedam capita gregi communi adjiciantur.

Hinc existimatum est senatum prohibere non pos- 19
se, quin Jacobus tot capita boum, quot reliqui cives

tantam agrorum quantitatem cum domo sua possidentes alunt, gregi communi adjiceret, sed ei hoc aeque ac aliis concedendum esse.

DISQUISITIO XV.

De die illatae injuriae in actione injuriarum nominando.

SUMMARIA

Facti species. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 16. *seqq.*
Responsio ad rationes dubitandi. n. 35. *seqq.*
Decisio. n. 45.

1 Felix Theresiam injuriarum criminaliter convenerat quod haec illius uxorem de crimine magiae inculpaverit, aliaque convitia in eamdem effuderit. Accusata vero necessarium putavit, innocentiam suam nomine imputatae injuriae per reprobationem docere, indeque accusatori exceptionem inepti libelli opposuit, et petiit ut in libello mensis, dies et hora illatarum injuriarum exprimeretur, ad quod accusator se minime obstrictum esse crediderat, unde nascebatur quaestio:
2 an ipse nihilominus ad hanc temporis specificationem teneretur?

3 Videbatur pro Felicis intentione militare, quod nullibi in jure requisitum hoc reperire liceat, ut dies in libello exprimeretur, sed sufficiat, si modo annus et mensis exprimatur. *l. libellorum.* 3. *ff. de accusat.*
4 Immo expresse deciditur in *d. l.* quod diem et horam invitus exprimere non teneatur, unde sententiam contrariam, etiamsi reus petat expressionem diei, contra jura esse dicit Wissenbach. *ad ff. vol.* 2. *disp.* 33. *th.* 14. Anton. Matthaei *de crimin. ad lib.* 48.
5 *ff. tit.* 13. *cap.* 6. *n.* 6. Et pro hac opinione in camera quandoque judicatum esse, testatur Mynsing.
6 *centur.* 3. *observ.* 40. Praeterea certum est, quod publice intersit, ne delicta maneant impunita *l.* 51. *ff.*
7 *ad l. aquil.* Quod tamen indubie fieret, si praecise diem et horam commissi criminis exprimi necessum esset: saepius enim accusatori, ob ignorantiam diei ab accusatione in totum abstrahendum foret; cum tamen accusatores non nimium constringendi, Anton. Matth. *d. l. n.* 6. sed a judice adjuvandi sint, *arg.*
8 *l. congruit.* 13. *ff. de offic. praesid.* Accedit in casu praesenti impossibilitas, nam accusator ipse non audivit injurias, sed ab aliis de iis edoctus est, et quidem aliquo tempore jam elapso, quam injuriae factae dicuntur: quare impossibile est, accusatori diem atque horam nominare. Jam vero uti ad impossibilia nemo tenetur. *l. impossibilium* 185. *ff. de r. j. cap.*
9 *nemo, potest de r. j. in* 6. etiamsi judex impossibile
10 praeceptum dederit. dn. Mev. *p.* 3. *decis.* 368. Ita quoque nec ad diem ignoratum exprimendum adstrictus erit. Inprimis, quia injuriae in libello recitatae ab accusata diversis temporibus prolatae praetenduntur, ut vel ideo certitudo temporis haberi nequeat.
11 Et quia juri conforme, quod actio injuriarum intra annum intentari debeat. *l. si non convitii.* 5. *c. de*
12 *injur.* utilem scilicet ratione initii, adeo, ut non cur-
13 rat, nisi scienti. Gail. *lib.* 2. *obs.* 105. *n.* 1. Frustranea haec esset dispositio, si injuriatus, ad cujus notitiam post longum temporis intervallum injuria pervenit, praecise diem exprimere deberet. E contrario summae conveniens est aequitati, quod ubi de justitia causae constat, de ineptitudine libelli disputandum non sit: *per c. dilecti x. de judic.* Mynsing. 14 15
cent. 4. *obs.* 5. Atqui vero Felix se injurias in libello allegatas sufficienter probare posse confidit: unde iniquum esset, eum ad indicandam diem et horam commissae injuriae compelli, cum sufficiat, vere injuriam commissam esse.

His tamen non obstantibus, quia dd. communiter 16
statuunt, quod quotiescumque reus ad innocentiam suam probandam petierit, ut dies exprimatur, actor ad id compelli possit. Gail. *lib.* 1. *obs.* 64. *num.* 12. Carpz. *pract. crim. qu.* 95. *et* 35. *et lib.* 2. *resp. n.* 17. Berlich. *part.* 5. *concl.* 65. *n.* 22. Brunnemann. 17
ad l. 3. *ff. de accus.* quam sententiam communem esse, a qua neque in consulendo, neque in judicando recedendum, monet Aegid. Boss. *pract. crim. tit. de inquisitione n.* 92. Jason. *in l.* 2. §. *si quis Ephesi ff. de eo quod certo loco.* Deinceps et ipse favor rei 18
hoc requirit, qui alias innocentiam suam probare nequiret cum negativa loco et tempore non coarctata probationem non recipiat. *l. asseveratio.* 10. *c. de non num. pec. l. optimam.* 14. *c. de contrah. stipul. et ibi dd.*
Jam vero in dubio pronunciandum est pro reo, cujus 19
partes favorabiliores sunt, quam actoris. *l. favorabiliores.* 125. *ff. de r. j.* Menoch. *de praesumpt. lib.* 2. *praes.* 90. Praesertim si quis criminaliter conve- 20
niatur, ubi satius, nocentem dimittere, quam innocentem condemnare. *l. absentem.* 5 *ff. de poen.* Ex 21
quo satis perspicue fluit defensionis favor, cum enim exinde innocentiam suam deducere possit, utique hoc ei non denegandum; sicuti enim defensio adeo favo- 22
rabilis, ut nec a principe auferri possit. Carpz. *lib.* 6 *resp.* 117. *n.* 12. ita nec medium, per quod ad defensionem devenitur, alicui denegandum *arg. l.* 2. *ff. de jurisdict.* Quod contingeret hoc casu, si dies non 23
exprimeretur. Et ob hunc favorem defensionis multa alia quoque singularia recepta sunt, ut quod quis non saltem diversis defensionibus, sed et contrariis uti possit. Carpzov. *pract. crim. part.* 3. *qu.* 105. *n.* 21.
Praeterea hoc specialiter in actione injuriarum locum 24
invenire debet, qui enim famosam injuriarum actionem intendit, non debet vagari cum discrimine alterius existimationis, sed designare et certum specialiter dicere, quam se injuriam passum contendit. *l.*
praetor edixit. 7. *pr. ff. de injur.* Atqui talis iniqua 25
divagatio etiam in praesenti casu contingeret, siquidem qualitas injuriae exprimeretur, sed tempus quando injuria prolata, omitteretur; hinc notanter in *d.* 26
l. 7. subjicitur, quod specialiter certum dicere debeat actor; haec vero non est specialis certitudo, si dictum: ego talibus injuriis sum affectus; sed requiritur, ut addat: *hac vel illa die id factum*, ita enim specialis certitudo demum emergit. Nam ad certitu- 27
dinem requiritur non saltem qualis, sed et quanta res sit. *l. certum.* 6. *ff. de r. cred.* quorsum et certa temporis determinatio spectat. Ea quoque omnia, quae 28
hactenus dicta sunt, in casu proposito peculiariter attendenda, quod imputatae injuriae actori non a personis honestis et exceptione majoribus, sed partim ab infanticida, partim ab aliis ejusdem farinae homunci-

29 enibus nunciatae fuerint. Ubi merito actor non tam proclivis ad litigandum esse debuisset, donec ex delatoribus explorasset, num hi tempus atque horam
30 praetensarum injuriarum nominare possent. Actor enim praeparatus venire in judicium, et non nisi de jure suo vel actione omnimodo certus, actionem in-
31 stituere debuisset; unde notanter Gajus Jctus monet, quod, qui agit, certus esse debeat, et diligenter prius rem explorare, et tunc ad agendum procedere. *l. qui*
32 *in alterius.* 42. §. *fin. ff. de r. j.* Accedebant in actis hujus causae, allegata praejudicia electoralis brandenburgici regiminis in Pomerania ulteriori, ubi in actione injuriarum pariter judicatum, quod mensis
33 et diei expressio necessaria sit. Jam vero rerum similiter judicatarum auctoritas magni momenti est, adeo ut in ambiguitatibus ex legum interpretatione oriundis eo recurrendum sit. *l. nam imperator* 38. *ff.*
34 *de ll.* Et cum regimen hoc illic loci judicium superius sit, senatui c. coram quo haec causa ventilabatur, tamquam judici inferiori incumbit, observantiam superioris attendere et sequi. *per* §. *fin. j. de satisdat.*

35 Ad rationes in contrarium quoque perfacilis erit responsio. Non enim impedit, quod in jure minime requiratur expressio diei, quandoquidem hoc ex usu et observantia communi limitationem patitur, si pars altera ad sui defensionem diei expressionem urgeat; *vid.*
36 *num.* 16. *et* 17. Nam et leges ex aequitate et observan-
37 tia contrasia limitari possunt. Delicta etiam, licet impunita manere non debeant, tamen legitime puniendo, sed et legitime revelanda sunt, ne alteri defensio adimatur, cum multo magis reip. intersit, ne innocens condemnetur: hinc actori ita favendum, ne noceatur
38 reo. *vid. n.* 18. *usque ad n.* 24. Quod vero dictum est de impossibilitate *n.* 8. id tanti non est, ut propterea in praejudicium rei aliqui denegari queat; posito enim, quod injuriae in litem deductae alia ratione probari nequeant, tamen et hic nota juris regula obtinebit: tibi non jus deficit, sed probatio. *l. duo sunt Titii* 30. *ff. de*
39 *testam. tutel.* Imo quia injuriae quaestionis diversis vicibus a Theresia prolatae dicebantur, actori aut delatoribus tanto facilius fuisset, aliquam diem nominare: cum autem id fieri non potuerit, satis apertum est, inimicitiae potius et calumniae causa, quam veritatis studio, de Theresia hoc actori nunciatum esse. Porro quo-
40 ties propter expressionem diei dispositio juris de anno utili, intra quem actio injuriarum intentanda, frustra-
41 nea fit, uti conqueritur. *n.* 11. *seqq.* toties illi, qui injurato injuriam deferre cupit, imputandum est, quod tempus non accuratius observarit. Quare injuriatus, antequam actionem instituat, de plena certitudine secu-
42 rus esse debet. *vid. n.* 24. *seqq.* Tandem nec in casu praesenti de justitia causae satis constabat, quemadmodum actor persuasus erat. *n.* 14. *seqq.* inprimis si personae deferentes considerentur, de quibus *vid. n.*
43 28. Et quoties ineptitudo libelli nocet, vel impedimento est defensioni rei, ita justitia causae attendenda est, ne admendo defensionem reo ex injusto justum
44 fiat. Quae omnia, sicut in se aequitati conformia sunt, ita speciatim in ejusmodi delictis, ubi non reale damnum reipubl. illatum, sed quae per meram loquacitatem in scenam producuntur, obtinere debent.

45 Adeoque omnibus probe ponderatis existimatum est, juribus atque observantiae convenire, ut actor non tantum annum et mensem, sed et diem illatarum injuriarum ad fundandam Theresiae defensionem exprimere compellatur, aut nisi id faceret, a judicio repellatur: hinc ipsa rea antequam dies imputatarum injuriarum specificaretur, ad ulteriorem responsionem non adstringenda.

I SQUISITIO XVI.

De omissione diei in actione injuriarum, an per ignorantiam actoris juramento assertam suppleri possit?

S U M M A R I A.

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3.
Rationes decidendi. n. 4. *seqq.*
Decisio. n. 19.

In casu praecedente, cum acta judicialia in causa injuriarum inter Felicem et Theresiam ad dn. Jctos Helmstadienses transmissa essent, ita pronunciarunt, prout in praeced. disquisitione pronunciandum existimavimus. Verum, interposito remedio suspensivo, mutata fuit illa sententia sequentem in modum: *Wurde Anklaeger eydlich erhalten, dass er mensem et diem der ausgestossenen Injurien nicht gewusst, oder noch nicht wissen könne, alsdenn waere Beklagte auff das articulirte Klag-Libell sich einzulassen, und litem zu contestiren schuldig.* Ab hac sententia provocavit rea ad judicium superius, hinc denuo quaerebatur: annon 2
sententiae Helmstadio petitae standum, atque sententia reformatoria in loco judicii publicata in appellationis instantia reformanda esset?

Quamquam vero hic denuo urgeretur, quod ad im- 3
possibilia nemo teneatur. Wesenbec. *consil.* 121. *n.* 6. atque sic accusator, si ei impossibile sit, diem prolatarum injuriarum exprimere: ad eumdem nominandum non videatur obstrictus; insuper expediti juris, quod in illis, quae quis se ignorare dicit, standum sit juramento illius, qui ignorantiam allegat. Mascard. *de probat. concl.* 94. *n.* 4. *et conclus.* 882. Gail. *lib.* 2. *obs.* 48. *n.* 30.

Quia tamen in praesenti agitur de causa criminali, 4
ubi rei defensio summe favorabilis est. *l. si non defendatur.* 19. *ff. de poen.* Haec ipsa vero defensio 5
hoc modo reo adimeretur, si accusator diem non cogeretur exprimere. Etenim accusata non potest alia 6
ratione se defendere, nisi eidem per expressionem diei negativam per indirectum probandum facultas detur. Qua de causa dd. communiter expressionem diei 7
pro probanda innocentia requirunt. *per deducta in disquisit. praeced. n.* 16. Objecta vero impossibilitas 8
accusatorem ab hac diem nominandi necessitate liberare non valet. Siquidem ista expressio in et per se non est impossibilis, quamvis in hypothesi sit difficilis. Praeterea merito distinguendum, an id, quod 9
jure vel consuetudine alicui incumbit, ob circumstantias impossibile sit; an vero impossibilitas obligationem ex contractu afficiat; haec nemini nocet. *l. impossibilium.* 385. *ff. de r. j.* Illa vero nocet: hinc ac- 10
tore probare non valente, vel impedito, forte ad mortem testium, tamen reus absolvitur. *l. fin. c. de r. v.* Quae enim de jure quis facere tenetur, si face- 11
re non possit, non audiendus, sed obstabit ipsi Jcti

responsum: tibi non jus deficit, sed probatio. *l. duo*
12 *sunt Titii.* 30. *ff. de testam. tut.* Lex ergo non quidem obligat ad impossibilia, illum tamen, cui id, quod lex vel consuetudo requirit, impossibile est,
13 saepius a prosecutione juris sui repellit. Quapropter accusator antea diligenter in circumstantias omnes inquirere debuisset, antequam ex levium personarum
14 relatione accusationem criminalem susciperet. Porro accusatae defensio non minus impossibilis esset: cum negativam ipsa nequeat alio modo probare, si dies ei non nominaretur; in casu dubio vero, vel pari causa
15 magis favendum reo. Et hoc praesertim in causa injuriarum obtinet, cujus nomine actionem non intentare Christiano magis convenit, quam vindictam exigere. vid. Bachov. *ad §. fin. instit. de actionib. n.* 2.
16 Nihil enim aliud, nisi vindicta hic ab actore quaeritur, Farinac. *qu.* 105. *n.* 348. Lessius *de just. et jur. lib.* 2. *cap.* 47. *dubit.* 4. *n.* 27. Unde etiam judici incumbit, in actore vindictae cupiditatem coercere. Anton. Faber. *in cod. lib.* 9. *tit.* 20. *d.* 10. Mev. *p.* 1. *dec.*
17 224. *n.* 13. Ut hinc non inique agat judex si actorem injurias, quarum vindictam petit, ratione temporis et loci designare non valentem a judicio repellat, et hic proniorem se ad absolvendum exhibeat, juxta
18 *l. absentem* 5. *ff. de poen.* Cum itaque ad decisionem causae nihil faeere possit, an accusator ignorantiam dicti juramento obtineat, vel non; hic decantata dd. regula obtinebit: quae probata vel jurata non relevant, ad probandum vel jurandum non sunt admittenda. *l. ad probationem.* 21. *in fin. c. de probat.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 81. *n.* 1. Carpz. *jurisprud. eccles. l.* 3. *d.* 26. *n.* 8.

19 Quapropter in instantia appellationis sententiam helmstadiensem merito confirmandam, posteriorem vero reformandam esse, existimamus.

DISQUISITIO XVII.

De fidejussoribus dotis nomine dandis.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3.
Rationes decidendi. n. 4. *seqq.*
Decisio. n. 13.

1 Nobilis quidam Pomeranus, sat ampla quidem a majoribus suis bona acceperat, sed cum hisce grave simul onus solvendi debita majorum in eumdem fuerat devolutum pariter idem varios processus in judiciis pendentes in se suscipere tenebatur. Hoc non attento, nobilis iste, cum temporibus adhuc tranquillis ipsius filia matrimonium iniret, amplam ei dotem constituebat. At postea, irruente duriori rerum statu, cum memoratus nobilis plura debita pro conservatione bonorum contrahere necessum haberet; altera filiarum longe minorem a parente dotem accepit, imo et prior filia ex libera voluntate videns impossibile esse patri, dotem promissam integram numerare, remisit de sorte dotis promissae 1000. fl. Tandem ipse nobilis moriebatur 6. filias et tres filios relinquens, qui bona avita ob miseram temporum illorum conditionem conservare amplius non potuerunt, sed necessitate adacti creditoribus in solutum obtulerunt. Cum vero filiarum una posthaec sponsalia cum nobili quodam juvene, nullis fortunae bonis gaudente, ignorantibus fratribus contraxisset, sponsus hic amplam desiderabat dotem, tantam scilicet, quantam filiae primo nubenti parens promiserat. Ex adverso fratres a sponso sororis, partim ob id, quod plane non esset possessionatus, partim vero propter pendentes adhuc processus paternos cautionem exigebant. Unde quae- 2
rebatur: an titulus Cod. *ne fidejuss. dot. dentur* in casu praesenti locum invenire posset, et an fratres juratoria cautione contenti esse deberent?

Et ita quidem se res habet, ut quantum ad mem- 3
brum quaestionis primum, prohibitio de fidejussoribus pro dote restituenda non dandis generalis sit, et regulariter illicita, adeo, ut etiamsi juramentum tali fidejussioni accesserit, tamen invalida maneat. Ant. Fab. *in cod. lib.* 5. *tit.* 14. *def.* 1.

Verum enim vero, quoniam in casu hoc non uxor 4
a marito fidejussores exigit, sed uxoris fratres tamquam extranei, qui in titulo *c. ne fid. dot. dent.* non comprehenduntur, ideoque juris est indubitati, quod si non uxor, sed alius, qui pro ea ex necessitate dotem solvere cogitur, fidejussorem exegerit, hoc valeat. *arg. l. cum dotis* 55. *ff. de jur. dot.* Carpz. *part.* 2. *const.* 42. *def.* 17. *n.* 5. Hering. *de fidejuss. c.* 6. *n.* 198. Praeterea quoque fratribus justa causa erat, do- 5
tis nomine securitatem exigendi, partim ob debita paterna, quae forte ex processibus tunc temporis pendentibus adhuc solvenda forent: partim etiam, quia sponsus prorsus bonis destitutus facile dotem consumere posset. Quo casu fratribus procul dubio credi- 6
tores opponerent: imputent sibi, quod tali marito inopi vel suspecto dotem sine cautione promiserint. Anton. Faber. *in cod. lib.* 5. *tit.* 14. *def.* 4. Cui ac- 7
cedit consuetudo in Pomerania usitata, ubi in similibus casibus fidejussores admittuntur. In Pomerania enim jus commune de fidejussoribus pro dote conservanda non dandis, amplius in usu non esse asseritur sed ibi fidejussores, non attenta juris communis oppositione, condemnatos scio, sunt verba dn. Mevii *p.* 2. *decis.* 367. *n.* 6. Juratoriam vero cautionem hoc 8
casu sufficere, ex ratione circumstantiarum colligi nequit: quandoquidem hoc modo fratres non omnino securi essent; licet enim dos in re immobili constitueretur, tamen per deteriorationem ex persona sponsi metuendam fratribus damnum obtingere posset, cujus reparationem deinceps obtinere nequirent. Uti ergo 9
usufructuarius per fidejussores cavere debet, Gail. *lib.* 2. *observ.* 47. *n.* 7. Ita quoque tali casu maritus, 10
praesertim suspectus. Et quamdiu cautio ista praestari nequit, tamdiu sponsum contentum esse oportet assignatione certae pecuniae annuatim solvendae ad sustentationem ipsius; inprimis, quia de quantitate dotis nihil certi adhuc determinari potest. Nec enim 11
ad quantitatem dotis filiae senioris provocari potest, cum vassallus successor dotem ex feudo non aliter constituere teneatur, quam pro praesenti bonorum statu Mev. *p.* 1. *decis.* 365. *n.* 5. Sicut et tunc de 12
mum dos determinanda, si appareat, quantum deducto aere alieno supersit. Mev. *p.* 3. *dec.* 864.

Horum ergo, quae hactenus dicta sunt, intuitu, exi- 13
stimamus, quod titulus *c. de fid. dot. dent.* in casu praesenti locum invenire nequeat, nec fratres ad acceptandam cautionem juratarium compellendi sint.

DISQUISITIO XVIII.

De pecunia a patre deposita liberis diverso tempore restituenda, quatenus periculum ad singulos pertineat.

SUMMARIA.

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 10.
Limitatio. n. 11. *seqq.*

1 Mercator aliquis Chremes senio jam confectus in nobili quadam civitate hanseatica deposuit 30000. thal. cum pacto, ut tria pro 100. annuatim solverentur; hac lege addita, ut ex quinque liberis suis quilibet de memorata summa ratam suam 6000. thal. peteret, cum aut pervenissent ad majorennitatem, aut alias apti essent ad pecuniam bene collocandam. In specie vero filiis certum tempus parens praefinivit, intra quod pecuniam istam petere non possent. Posthaec filia primogenita, integram portionem suam accepit, proximi duo fratres dimidium saltim portionis suae petierunt, alteram dimidiam debitoribus reliquerunt, ut ulterioribus usuris fruerentur. Sequens filia natu quarta integram sortem et ipsa quidem accepit, sed residuae manebant usurae trium annorum. Interea temporis debitor patrimonium suum dilapidat, tandemque bona, quae supersunt, creditoribus cedit: adeo ut filius Chremetis minimus nihil plane de sua portione ob minorennitatem suam acceperit; indeque postea cum haereditas paterna inter 5. liberos divideretur, in quaestione fuit: an illi ex liberis
2 qui ratam suam 6000. thal. sive integram, sive pro parte acceperunt, eam detractioni subjicere, et in haereditatem conferre tenentur?

3 Sane alias expeditum est, quod ubi bona inter liberos jam tum a patre divisa, judex patris voluntatem sequi debeat *l. si cogitatione* 21. *c. famil. herc.* Et qui debitam pecuniam recepit a debitore, antequam bona possideantur, aliis communicare non tenetur, cum sibi vigilaverit. *l. quod autem* 6. §. *sciendum.* 7. *ff. quae in fraud. credit.* Unde etiamsi quis
5 ex pluribus deponentibus suam partem a depositario receperit, licet reliquorum portiones perierint, reliquis tamen nihil communicare tenetur. Franzk. *ad ff. tit. deposit. n.* 18. *et seqq.* Card. Mantic. *de tacit. et ambig. convent. lib.* 10. *tit.* 7. *n.* 5.

6 Quia tamen casus de pluribus deponentibus huc plane non spectat, cum hic non ipsi liberi, sed pater pecuniam deposuerit, liberisque terminum praefiniverit, ante cujus lapsum quisque portionem suam repetere non valeret; de cetero autem satis nota et decantata juris regula est: quod liberi parentibus successuri omnia conferre teneantur, quae a parentibus profecta. *l.* 12. *et* 19. *c. de collat.* Barry. *de success.*
7 *lib.* 14. *tit.* 13. *n.* 2. *et* 3. Et quod in casu, si pater solo animo dividendi sine speciali affectione erga liberos quid reliquerit, officio saltem arbitri vel judicis fungatur, proprioque suo facto divisionis hoc velle censeatur, ut liberi suas partes integras habeant, quo casu evictio locum habet, et caeteri cohaeredes etiam fratri ultimo judicium patris conservare debent. *l. cum puter* 77. §. *evictis* 8. *ff. de legat.* 2. Franzk. *ad ff. de evict. n.* 372. Inprimis quia nihil est, quod fra- 8
tri natu minimo possit imputari, quod suam quotam non repetierit, quia adhuc minorennis fuit, et ob dispositionem paternam petere nondum potuit, ut adeo iniquum esset, eum citra ullam suam culpam solo patris facto portione sua integra privare. Praeterea di- 9
visio paterna procul dubio non est in hunc tristiorem eventum facta, si debitores fidem fefellerint, ut per hoc filius minor portione sua caderet, ergo et ad hunc casum incogitatum non extendenda dispositio paterna. *arg. l.* 16. §. 3. *ff. de testament. tutel. l.* 5. *ff. de transact.* Seraphin. *de privileg. juramент. privil.* 119. *num.* 1.

Quare et aequitati et juri conforme putabatur, ut 10
illi, qui portionem suam receperunt, fratri minimo pro rata satisfacerent.

Non autem duo fratres majores quicquam praeten- 11
dere amplius possunt, etiamsi integram portionem suam minime receperint, sibi enim culpam hanc imputent, quia ex propria negligentia damnum hoc sentiunt *arg. l.* 1. §. *pen. ff. de collat.* Licet etiam ju- 12
xta hujus textus verba id, quod quis non acquisivit, nec conferre teneatur: tamen hoc fratribus majoribus prodesse nequit, cum hic non sit nuda acquisitio. sed repetitio pecuniae, quae ipsorum est, ut sic, quantum per culpam non repetiere, tantum realiter damni dedere haereditati: quod ipsi in divisione haereditatis resarcire, indeque portionem suam integram conferre tenentur.

DISQUISITIO XIX.

De matre vidua in communione bonorum manente quatenus bona paterna obligare potuerit.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 10. *seqq.*
Resolutio rationum dubitandi. n. 27.
Decisio. n. 35

Sabina vidua Stetinensis ab Andrea 4000. thal. mu- 1
tuo acceperat, de quo debito adhuc 2000. nondum soluta restabant. In securitatem vero crediti hujus concesserat Sabina creditori suo hypothecam omnium bonorum, et quidem eum clausula constituti possessorii. Quapropter, cum parata pecunia debitrici, ejusve haeredibus non esset, Andreas ex aedibus sabinianis solutionem, earumdem quoque adjudicationem in solutum petebat, oblata depositione pecuniae, quae forte ultra residuum 2000. thal. pro domo numeranda esset. Huic vero se opposuere filii Sabinae, 2
adeoque Andreas doceri cupiebat: an sua petitio, an vero intentio adversariorum juris adsensum pro se habeat?

Et quidem a filiis debitricis opponebatur, debitum 3
hoc a matre contractum esse, indeque non ex aedibus, aliisve bonis paternis, sed ex maternis solutionem fieri oportere. Sicut et debitrix in chirographo 4
sua tantum bona hypothecae vinculo ligavit, paternorum vero mentionem non fecit, quippe quae nec ab

ipsa hypothecae dari poterant. *l. un. c. si comm. res pign. et t. t. c. si res ad pign. dat. sit.* Praeterea post mortem parentis dimidia bonorum ad liberos devoluta, ad instar legitimae statutariae, quae dimidia ad liberos ipso jure transmissa, quemadmodum variis 6 praejudiciis confirmatum est. Sicut autem legitima ne quidem ab ipso parente onerari potest. *l. parentibus. 8. et l. quoniam. 32. c. de inoff. test.* Mevius *p. 4. decis.* 15. Ita multo minus superstes mater aes alienum contrahendo liberis in legitima per mortem patris plene quaesita praejudicare poterit. Tandem quoque filii debitricis non aliter, quam cum beneficio inventarii, matris adierunt haereditatem, adeoque videri poterat, eos nec nomina defunctae aliter, quam juxta inventarium solvere teneri, ad quod ultimum ipsi 9 parati erant. Atque hinc intentio filiorum Sabinae contra Andream juris calculum mereri videbatur.

10 His tamen minime obstantibus, quoniam ex actis ipsis abunde apparebat, quod per statutum statinense inter conjuges constante matrimonio bonorum commu 11 nio existeret, quae communio morte mariti haud sublata, cum mater nunquam iniverit secunda vota, quo casu jura vivo marito competentia salva retinet. *l.* 22. 12 §. 1. *ff. ad municip. nov.* 22. *cap.* 36. Quod hic tanto magis certum est, ubi mater, consentientibus omnibus filiis, communia bona retinuit, et libere ad- 13 ministravit. Quo casu, etiamsi expressa societas non adesset, tamen, si longo tempore hoc factum, societas tacite contracta censetur, si lucrum ex bonis redactum in commune redigatur, *l. 4. ff. pro soc.* Hector Felicius *de societ. cap.* 10. *n.* 15. Menoch. *lib.* 3. *praesumpt.* 56. *n.* 29. 14 in specie quoque mercaturam Sabina ad filiorum suorum utilitatem feliciter continuavit, et hinc juris est, quod quoties ex statuto communio bonorum inter conjuges introducta, toties etiam maritus 15 pro uxore teneatur. Mevius *p.* 3. *decis.* 138. Cum omne aes alienum in societate contractum ex communibus societatis bonis sit solvendum *l. omne aes.* 27. *ff. pro soc.* Hector. Felic. *tr. de societ. cap.* 26. *n.* 8. Quod eo 16 magis obtinet, quoties communem negotiationem exercent conjuges, ubi uxor ita quoque pro marito tenetur, ut nec privilegio dotis gaudeat. Carpz. *p.* 1. *const.* 17 28. *def.* 83. Quo casu tale statutum non saltim utile, sed quam maxime ob mercimoniorum securitatem necessarium. Mev. *part.* 3 *decis.* 123. *n.* 9. Et hoc non 18 minus post mortem unius conjugis, quamdiu bona indivisa permanent, locum invenit; nam in quibus provinciis societas bonorum in matrimonio acquisitorum obtinet, ibi etiam soluto matrimonio ex communibus istis bonis possunt dotes constitui filiabus. Didac. Covarruv. *lib.* 4. *resolut. cap.* 19. *n.* 3. Petr. Barbos. *ad* 19 *l.* 1. *part.* 3. *n.* 91. *ff. solut. matrim.* et per consequentiam etiam alia debita in utilitatem totius communio- 20 nis contrahi, et ex communione solvi possunt. Inprimis cum hoc debitum ad communis negotiationis utilitatem contractum sit; uti perspicuis verbis id obli- 21 gatio desuper data testatur. Et praeterea hoc vel inde praesumi debet, quod nulla matris negligentia probari possit, quam ipsa in negotiorum communium administratione commisisset, potius enim ipsa pro facultate virium suarum ei bene praefuit, et communia bona 22 non servavit modo, sed et auxit. Nullius vero momenti est, quod ab adversa parte adducitur: quasi non ad negotiationem, sed in gratiam alicujus ex fratribus Petri hoc debitum mater contraxerit. Nam 23 etsi res ita se haberet, quod tamen allegantes adhuc probatum dare tenentur, nihilominus summa haec in utilitatem totius communionis versa fuit; quod enim etro datum, id datum est ad ei satisfaciendum nomine paternorum, eumque a communione separandum, ut hinc merito quoque illud ex rebus paternis, vel potius communibus solvendum veniat. Ex hisce porro infer- 24 tur, etiam matri, quippe quae praestitit in communione bonorum, jus fasque fuisse, ob debita in utilitatem bonorum communium contracta, bona communia oppignorare. Eaquepropter Andreas prohiberi non pot- 25 est, quominus ob generalem hypothecam sabinianas aedes ad obtinendam ex hisce solutionem elegat, praesertim cum creditor ad deponendum in loco rei sitae integrum pretium domus istius obtulerit. Quilibet enim 26 creditor hoc jure gaudet, quod ex pluribus hypothecis sibi constitutis unam pro lubitu eligere possit. *l. creditoris arbitrio. 8. ff. de distract. pign.* Hertm. Pist. *part.* 3. *qu.* 12. *num.* 7. Carpz. *proc. tit.* 25. *artic.* 2. *num.* 1.

Hactenus quoque dictis non nocet, quod filii Sabi- 27 nae, ut supra memoravimus, opponebant. Quod enim concernit rationes *n.* 3. *et* 4. relatas, etsi mater debitum contraxerit, tamen, quia loco paternorum & liis certum quid assignatum non erat, ipsa manserat in communibus bonis, et pecuniam quaestionis non ad privatum commodum suum, sed ad totius communionis emolumentum mutuo sumpserat. Quare sub hy- 28 potheca suorum bonorum non possunt intelligi bona sua separata, sed bona communia; fatetur enim ipsa, se id fecisse in usum totius negotiationis, quae tamen semper in communione permansit. Quod *n.* 5. de bo- 29 nis paternis ipso jure ad liberos venientibus habetur, id in praesenti casu cessat. Quoniam vi declarationis stetinensis *de an.* 1633. *d.* 22. *januar.* tunc saltim ad liberos dimidia bonorum devolvitur, si superstes conjux transeat ad secunda vota, id vero cum hic factum non fuerit, ipsa bonorum communio duravit. Neque 30 vero *justa num.* 6. ullum legitimae gravamen ostendi poterit, tale enim per juris statutarii dispositionem non ex solis paternis, sed ex communibus bonis computandum venit. Nec rei poterunt ulla de laesione con- 31 queri, si fratres sororesve eorum id, quod ultra portionem sibi debitam accepisse putentur, contulerint, et hoc haereditati maternae junctum fuerit. Ad ulti- 32 mum, filiis quidem liberum erat, communioni cum matre, durante viduitatis statu, finem imponere: post mortem vero maternam illi separationem bonorum amplius urgere nequeunt. Immo etiamsi separatio haec illis concederetur, tamen filii non possent aedes paternas pro lubitu suo praecipere. Verum hae aut pro 33 dimidia referendae forent ad partem matris, aut ad minimum per sortem dividendae; cum in re communi 34 dividenda utriusque partis aequalis sit conditio, et hinc rei, si se per traditionem aedium quaestionis laesos viderint, adversus cohaeredes regressum sumere debebant.

Quae omnia perspicuum reddunt, Andream de jure 35 crediti sui nomine ex aedibus saepe memoratis satisfactionem exigere potuisse.

DISQUISITIO XX.

De alienatione contra pactum suscepta, an sit ipso jure nulla?

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seq.*
Rationes decidendi. n. 5. *seqq.*
Decisio. n. 12.

1 Agnati quidam, ex nobili familia Salzensi oriundi descendentes ex linea sejana, luciana, et liviana, crediderunt *a.* 1612. *d.* 29. *sept.* Jobo de Salza, domino praedii eboracensis, et pagi syllani summam 6533. *thal.* et tamquam perpetuam familiae pecuniam, sub ea conditione, ut haec pecunia familiae non solum ad tempus vitae in praedio Eboracensi remaneret, nec debiti dissolutio a creditoribus peti posset, sed etiam, ut memoratus debitor promitteret, de praedio eboracensi et pago syllano talem ordinationem constituere, ne hi fundi, sive nunc, sive ullo alio tempore futuro queant, praeteritis agnatis familiae ex supradictis tribus lineis descendentibus, in alium transferri: quo nomine bona haec validissimo hypothecae nexu ligata fuerunt. Jam autem nihilominus debitoris nepos Christophorus, non attenta conventione avi sui, dictum eboracense praedium una cum pago syllano vendere
2 conatus est Hiobo de Ubiis. Quae res quaestioni sequenti praebuit occasionem: an illa venditio pro nulla habenda, et emptor de Ubiis ad fundos quaestionis cum pertinentiis refuso pretio restituendos obstrictus esset?
3 Quod quidem prima fronte ideo negari posse videbatur, quoniam pacta de non alienando, etsi inter paciscentes valeant, tamen nonnisi ad eum effectum firma sunt, ut contra venditorem actio ad interesse detur ob non servatum pactum, ipsa vero alienatio valida maneat. *arg. l. pen. ff. de pact. l. ea lege.* 3. *c. de condict. ob caus. dat.* et ibi dd. Hugo Donell. *lib.* 9. *comment. cap.* 10. cum per pactum de non alienando ipsa 4
dominii translatio non impediatur, Andr. Tiraquell. *de retractu convent.* §. 1. *Gloss.* 7. *n.* 11.

Verum enim vero, quia praesenti casu non nudum 5
pactum de non alienando adest, sed insuper debitor praedia quaestionis expresse creditoribus et agnatis eo nomine hypothecaverat; indeque juris est, quod, quo- 6
ties prohibitio alienationis hypothecae juncta, toties haec alienari nequeat, et si fiat, venditio sit nulla, per textum expressum *in l. si creditor.* 7. *in fin. ff. de distract. pignor.* Quam textus lectionem, utpote veris- 7
simam, defendunt Bartol. *ad d. l.* 7. §. *f.* Bachov. *tr. de pignor. lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 4. Anton. Augustin. *lib.* 4. *emendat. cap. ult.* Coler. *de process. execut. part.* 1. *cap.* 10. *n.* 152. *seqq.* Et quamvis contrarium sta- 8
tuant Johann. a Sande *de prohibit. rer. alienat. p.* 4. *n.* 6. *et seqq.* Sfort Oddus *eod. tract. part.* 1. *q.* 12. *artic.* 13. *n.* 254. Ipse Oddus tamen dicto loco subjicit, 9
periculosum esse, a priori tamquam communi opinione recedere. Nec deest hic ratio pro annullanda hac 10
venditione, cum duplici jure, quod fortius ligare solet, gaudeant agnati, personali scil. ex pacto competente, et reali ex constituta hypotheca, unde venditio annullatur. Barbosa *ad l.* 26. §. *fin. n.* 33. *ff. solut. matrim.* Guido Papae *decis.* 569. Quod eo magis ob- 11
tinebit, si hypotheca constituta, uti in nostro casu, sit specialis. Anton. Neguzant. *de pignor. part.* 2. *membr.* 1. *n.* 5.

Ex quibus rationibus inferebatur, quod agnati bona 12
quaestionis alienata revocare possint, quodque emptor pretio emptionis refuso, illa cum pertinentiis restituere teneatur.

SOLI DEO GLORIA.

DISPUTATIO VIGESIMA

RESOLUTIONES PRACTICORUM CASUUM.

DIE JULII ANNO MDCCVI.

RESPONDENTE

JOHANN. RUPERT. KRANNOEST, RATISBONENSIS.

RESOLUTIO I.

De transactione ob implementum non secutum non rescindenda ab illo, qui ipse in mora implendi est, non obstante clausula cassatoria.

SUMMARIA

Casus n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 7. *seqq.*
Decisio. n. 20.

1 Serenissimus elector brandenburgicus durante bello cum rege Sueciae anno 1677. donavit Bellisario militum duci praedium, quod alias ad Rodericum consiliarium suecicum spectabat, cujus generis donationes, in praejudicium civium stetinensium factas, civitate certis

conditionibus occupata, revocatae sunt. Qua de causa repetit Rodericus praedium. Sed tandem per transactionem inter Bellisarium et hunc res componebatur, ut Bellisarius solveret 4000. thal. Rodericus vero adhuc operam daret, quo pertinentiae quaedam praedii quaestionis, quae hactenus ad aliorum manus pervenerant, restituerentur, et desuper confirmatio serenissimi impetraretur, quod si autem omni adhibita diligentia, id efficere non posset, cuique jus suum salvum maneret. 2 Et cum Rodericus videretur parum diligentiae adhibere, ut praestanda praestet, sed potius jus suum salvum et integrum cuperet, hoc ansam dedit quaestioni: an Rodericus compelli possit, ut transactioni in omnibus punctis et clausulis exacte satisfaciat?

3 Videri poterat, quod Rodericus ad hoc obstrictus non fuerit; cum recuperatio pertinentiarum, et serenissimi consensus non dependerit ab illius potestate, sed in alieno facto constiterit. Jam vero, si quis promittat *habere licere*, tamquam promissio alieni facti, non est 4 o ligatoria. *l. stipulatio ista* 38. *pr. ff. de v. o.* Deinde videtur implementum praestandorum possibile non esse, cum impossibile censeatur, quod pendet a principis voluntate. *l. cum servus* 39. §. 8. *et seqq. ff. de legat.* 1. 5 Escobar. *de ratiocin. cap.* 25. *n.* 5. Immo impossibile et difficile paria judicantur. *l. continuus.* 137. §. 6. *ff. de v. o.* ad impossibilia vero nemo constringi potest. 6 *c. nemo potest.* 6. *de r. i. in* 6. Accedit clausula cassatoria subjecta, per quam Bellisarius aliam satisfactionem postulare posse non videbatur, quam ut, effectu non subsequuto, jus utriusque salvum maneret.

7 Verum enim vero praesens transactio praevia sufficienti deliberatione, coram commissariis serenissimi inita, et hinc pro judiciali omnino habenda est: delegati enim vel commissarii principis omni ordinario judice majores sint. *c.* 27. §. *si vero* X. *de offic. jud. de-* 8 *leg.* Cumque transactio per se jam habeat tantam efficaciam, ut aequiparetur rei judicatae *l. non minorem* 20. *c. de transact.* in transactione judiciali tanto 9 magis hoc locum inveniet, quia illa, in praesentia judicis facta, impugnari non potest, etiamsi altera pars 10 enormiter sit laesa. Carpzov. *p.* 2. *c.* 34. *def.* 4. adeo ut falsum committere dicantur, qui suadent, transactione facta licere resilire. *l. quamvis.* 39. *in fin. c.* 11 *de transact.* Neque hic factum alienum nude promissum, uti Rodericus adserebat: non enim promisit consensum principis aut restitutionem rerum ad praedium spectantium, sed tantum suam diligentiam: scilicet, se effecturum, aut operam daturum ut ablata a praedio 12 ei restituerentur. Qui autem se effecturum, ut alius faciat, promittit, ille obligatur §. *si quis.* 3. *inst. de inut. stip. l.* 38. *in fine ff. de v. o.* ita ut omnem teneatur adhibere diligentiam, ad illud, quod promisit, 13 implendum. Mev. *p.* 6. *decis.* 406. Quemadmodum claris quoque verbis Rodericus talem exactam diligentiam promisit; quam cum nondum impendisset, adhuc obligatus mansit ad implendum id, quod ipse promiserat in transactione. Ex quo simul corruit, quod ad- 14 ductum fuit de impossibilitate. Quia non promisit eventum, aut ipsum consensum principis, sed suam diligentiam, quae a voluntate principis non dependet. 15 Accedit, quod allegata *l.* 39. §. 8. *ff. de legat.* 1. tantum loquatur de facto principis insolito, quod innuunt 16 verba finalia: *cum distrahi non soleant.* Male itaque extenditur ad impetrationem confirmationis principis, quae factum ordinarium est: cum in odiosis, qualia sunt infirmationes negotiorum, extensiva interpretatio locum non habeat. *cap. odia.* 15. *de r. i. in* 6. Tandem non fuit in arbitrium Roderici collatum: vellet 17 ne is operam dare, quo res desideratas Bellisarius recuperaret: sed ipse Rodericus diligentiam exquisitissimam promisit. Si autem quis quid promittit, etiamsi illud in ipsius promittentis commodum non tendat, tamen ad implementum tenetur, si modo alterius intersit, aut interesse possit, promissum impleri, *per* §. 2. *instit. et l.* 2. §. 4. *ff. mandati.* Interest 18 autem Bellisarii, ne sumptuoso processu jus suum persequi cogatur: nam recte ac laudabiliter facit, qui judiciorum molestias abhorret Vultej. *consil. marpurg. vol.* 1. *cons.* 5. *n.* 7. *et* 8. Quare absurdum foret, Ro- 19 dericum per suam negligentiam et fidem non servatam, praestandaque non praestita, se ab obligatione transactionis liberare posse; ita enim tenderet unius negligentia in fraudem et injuriam alterius *l. rem haereditariam.* 65. *in f. ff. de evict. l. non debet.* 74. *ff. de r. i.*

Ex quibus omnibus manifeste consequitur, Roderi- 20 cum promissam diligentiam praestare debere, neque sua negligentia se a transactionis obligatione liberare posse.

RESOLUTIO II.

De transactione tempore belli inita, ob pacem non rescindenda.

SUMMARIA.

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 9. *seqq.*
Decisio. n. 17.

In praecedenti casu mentio facta praedii hostilis, ab 1 elect. brandenburg. Bellisario donati, sed donatione post traditam urbem stetinensem rescissa, per transactionem vero cum priori domino Roderico initam Bellisario relicti. Verum postea, pace cum rege Sueciae restituta, inter ejus conditiones cavebatur, ut in locis restitutis quilibet privatorum, quod suum fuerat, recuperaret. Haec res occasionem praebuit quaestioni: 2 annon per hoc rescinderetur transactio memorata, ita ut Rodericus praedium suum vi hujus pacificationis repetere posset?

Militabat pro Roderico, quod tempore transactionis 3 non cogitatus fuerit hic casus, de stetinensi urbe coronae Sueciae restituenda; et proinde ad non cogitata transactionem non posse extendi. *l.* 5. *ff. de transact.* Mantica *de tacit. et ambiguis convent. lib.* 26. *tit.* 6. *n.* 6 Sic etiam a transigentibus semper tacite vi- 4 detur subintelligi clausula: rebus sic stantibus, vel in eodem statu manentibus. Carpz. *p.* 2. *c.* 35. *def.* 23. Unde ob causam noviter obortam a toto contractu re- 5 silire licitum est, etiam altero invito, *per allegata*, Carpzov. *d. def.* 23. *n.* 6. At vero secuta pax plane 6 alium induxit rei statum, quam qui fuit tempore initae transactionis. Ut taceam, quod Rodericus illo tem- 7 pore in manifesta fuerit necessitate constitutus, et propterea coactus transactionem iniverit: in necessitate autem nemo praesumitur liberalis, vel suum ja-

8 clare velle *l. rem legatam.* 18. *ff. de adim. leget.* Et necessitatis causa cessante, cessant quoque illa, quae ob necessitatem facta. *c. cum cessante.* 60. *X. de appellat.*

9 At vero per pacta, traditioni urbis stetinensis adjecta, Rodericus jam fuerat juri suo restitutus, praediumque suum recuperare potuisset, ut hinc nulla ne-
10 cessitate ad transigendum compulsus fuerit. Nulla enim necessitas excusat, quae potest non esse necessitas,
11 Tabor. *lib.* 12. *cap.* 5. *axiom.* 13. Et tamen ipse Rodericus cum Bellisario transactionem judicialem coram commissariis electoralibus inivit, atque 4000. thaleris contentus esse voluit, quae transactio omnino subsistere debet, cum commissariorum, tamquam judicialis auctoritas, omnem fraudis ac laesionis praesumptionem excludat. *c. in praesentia.* 6. X. *de re-*
12 *nunciat.* Carpzov. *p.* 2. *c.* 34. *d.* 4. *n.* 3. Sic itaque Bellisarius jus suum ad praedium quaestionis, non belli, sed contractus et transactionis jure ex voluntate veri domini adquisivit. Jam autem nihil tam naturale est, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. §. *per traditionem*
13 40. *inst. de rer. divis.* Hunc etiam contractum, tempore belli inter privatos constitutum, non potuit subsecuta pax infirmare, cum et tempore belli dominium meum in alium transferre possim, si nullus metus vel violenta coactio accedat. Sprenger. *de venditione*
14 *temp. belli facta.* Imo notissimum est, quod in bello etiam de pace cogitandum sit, ubi plerumque evenire solet, quod per amnestiam omnes tollantur injuriae, et cuique belligerantium antiquae possessiones restituantur. confer. Mev. *dissert. de amnest.* Sufficit itaque, quod transigentes in genere talem casum cogitaverint, vel cogitare potuerint. vid. Berlich. *part.* 2. *concl.* 22. *n.* 31. Card. Mantica *de tacit. et ambig. convent.*
15 *lib.* 26. *tit.* 1. *n.* 35. Non obstat, quod tempore transactionis haec restitutio cogitata non fuerit, quia neque hoc necessarium erat; sine enim hac cogitatione Rodericus non minus atque nunc dominus praedii fuerat, proinde et de eodem disponendi facultate gaudebat,
16 *juxta l.* 21. *c. mand.* Sed neque id potuit dici, quod res in eodem statu non manserit; etenim nulla nova superveniens adfuit causa, quae Roderico libertatem transigendi ademerit; cum pax potius eamdem confirmavit. Quod ergo transactionem futuram impedire non valet, illud quoque factum tollere nequit, cum multa facta teneant, etiam quae a principio fieri prohibentur. *l. pater furioso* 8. *et ibi Jason. ff. de his qui sui sunt. etc.*

17 Hinc pronunciatum est, quod pax postea sequuta transactionem inter Rodericum et Bellisarium factam rescindere non possit.

RESOLUTIO III.

Concursus creditorum non trahit ad se debitum, quod in appellatione pendet.

SUMMARIA.

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 4. *seqq.*
Rationes decidendi n. 11. *seqq.*
Decisio. n. 22.

Debebat Sejus Sempronio ingentem pecuniae summam scilicet vi obligationis *de anno* 1574. thaleros 21290. cujus debiti nomine creditori cautum erat per varios fidejussores. Actione deinde mota, condemnabatur Sejus per sententiam *de anno* 1587. ad solvendum nomen una cum usuris: et in casum, si is solvendo non fuerit, fidejussoribus injungebatur solutio. Ab hac vero sententia appellatum fuit ad cameram imperialem, in qua jam *anno* 1595. a partibus causa conclusa, sententia vero, *anno* 1680. nondum publicata fuerat, bellicis motibus, aliisque impedimentis publicationem retardantibus. Interea non tantum debitor principalis, Sejus nimirum, sed etiam unus ex fidejussoribus Mevius cogebantur, moto concursu bona sua creditoribus ad distrahendum reliquere, ubi in sententia prioritatis silentium creditoribus emanentibus imponebatur. Postea adhuc unius fidejussorum scil. Titii bona venere sub hastam. Et haeredes Sempronii, tamquam creditores principales, cesserunt interim jura sua tribus personis, duobus fidejussoribus, primo et secundo: et deinde possessori alicujus praedii hypothecati, Severo. Tunc incidebat quaestio: an motus con- 2
cursus et secuta praeclusio circa bona, a debitore principali et fidejussoribus primum hypothecata, de- 3
inde et in appellationis instantia pro judicato solvendo denuo oppignorata, praejudicare queat appellatis?

Prima quidem fronte videbatur, quod sic. Etenim 4
moto concursu, omnium creditorum jura aequalia fiunt, per tradita Mev. *p.* 2. *decis.* 345. Adeo, ut unus 5
vel alter se juvari separatim petens, non sit audiendus. Idem. *p.* 2. *decis.* 250. Est enim concursus ju- 6
dicium universale, quod omnia bona et omnes personas creditorum ad se trahit. Franc. Salgad. de Somoza. *Labyrinth. cred. concurr. p.* 1. *c.* 3. *n.* 2. *seqq.* Inter omnes enim creditores unum oritur judicium, 7
quare omnes apud unum judicem concurrere debent inseparabiliter, ne causae continentia dividatur. Marta *de jurisdict. p.* 4. *cent.* 2. *c.* 123. *n.* 14. Salgado *d. l. n.* 13. Hinc quamvis in superiori judicio lis super de- 8
bito pendeat, nihilominus in concursu quoque tali debito locus est adsignandus, Mevius *p.* 5. *decis.* 156. 9
Jam autem creditor appellatus in concursu bonorum, tam debitoris principalis, quam fidejussorum, non comparuit, cum tamen edictaliter et peremptorie citatus fuerit: sed citationes et sententias praeclusivas publicari passus est, quo ipso creditorum jura extinguuntur, cum per praeclusam liquidandi viam exclusa sit allegatio cujusque crediti. Mevius *p.* 3. *dec.* 48. Quippe post terminos praefixos imponitur creditori- 10
bus silentium perpetuum, ut postea non amplius audiantur. Blarer. *ad l. diffamari cap.* 2. *n.* 23. *vers. et ut ad alia.*

Verum quia creditor Sempronius, ejusque haeredes 11
tam debitori principali, quam fidejussoribus satis noti fuerunt: et inter personas certas edictalis citatio vim suam habere nequit, sed praedictae personae specialiter citandae sunt: nunquam enim locus est citationi edictali, si personae citandae insinuari possit citatio. Carpz. *process. tit.* 7. *artic.* 4. *n.* 2. *seq.* Quod et in 12
concursu creditorum contra personam certam obtinere multis auctoritatibus probat Salgad. *labyrinth. cred. p.* 1. *c.* 1. *n.* 38. *etc.* 8. *n.* 2. Praeterea haeredes cre- 13
ditoris Sempronii extra imperium romanum in regno

Poloniae habuerunt domicilium et bona sua, effectus
14 autem citationis edictalis eo se extendere nequit. *arg. l. fin. ff. de jurisd.* nam citatio quoad civem regni Poloniae non debuisset aliter fieri, quam in subsidium, et per literas mutui compassus. Mevius *p.* 5.
15 *decis.* 124. *n.* 4. Et hoc creditum vel ideo ad concursum referri non potest, quia ejus nomine a debitore et fidejussoribus ad cameram imperialem appellatum est. Jam vero pendente appellatione a judice inferiori
16 nihil innovandum. *t. t. ff. nihil innov. appell. interp.* Indeque, etiamsi creditor notitiam moti concursus et citationum praeclusivarum habuerit, tamen silentium ei non potuisset praejudicium afferre, propter litis pendentiam in camera imperiali, et ita inferiori denegatam cognoscendi licentiam; et frustra quis compareret coram eo judice, qui super causa cognoscere non possit; talem enim citationem spernere licitum
17 est. Gail. *lib.* 1. *observ.* 48. *num.* 9. Cui non obstat universalitas judicii concursus, quandoquidem termini habiles sunt praesupponendi, et per consequens limitandum: nisi per appellationem certi creditoris praetensio ad judicium superius devoluta. Non enim poterit concursus, coram inferiori judicio motus, trahere ad se causam in judicio superiori adhuc pendentem.
18 Quemadmodum et Mevius *allegata decis.* 156. *p.* 5. tantum loquitur de appellatione super puncto incidenti, quod haec, appellatione non obstante, nihilominus ipsum debitum, ratione cujus appellatum non erat, in concursu creditorum liquidari, et in sententiam prio-
19 ritatis collocari possit. Quia vero hic super ipso debito est lis in camera pendens, non potuit contra hunc creditorem citatio, nec sententia praeclusiva in inferiori judicio decerni: aut ad minimum creditor ob justissimam illam causam contra sententiam hanc erit restituendus, per tradita Mevii *p.* 3. *decis.* 48. *n.* 6.
20 Eadem dicenda sunt de alienatione rerum, quae hypothecae nexu creditori Sempronio ejusve haeredibus bis obligatae fuerant. Tam enim concursus, quam facta alienatio clausulam hanc admittit; salvo jure creditoris, de cujus debito in superiori judicio litigatur.
21 Huic enim, juxta superius deducta, per concursum pendente appellatione motum non potuit praejudicari, sed onus hypothecae rei inhaereus simul ad praesentes possessores translatum.

22 Quare decidendum, quod Sempronii haeredes, non obstante concursu, aut reclusione et alienatione, jus suum persequi non prohibeantur.

RESOLUTIO IV.

Debitum ad liberandum a dotalitio feudum contractum a successore feudali solvendum.

SUMMARIA.

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Ratio pro agnatis, n. 3. *seqq.*
Ratio pro actione. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 10

1 Laelius praevia subhastatione emerat pro 20500. thal. praedium quodpiam equestre, quod antea fuerat Rufini, cujus viduae Luciae ex feudo vendito debebatur dos et dotalitium. Et haec venditionem illam ideo impugnare nitebatur, quod ob modicitatem pretii ei ratione praetensionum suarum satisfieri nequeat. Neque consensit Lucia in alienationem, neque juri suo renunciavit, donec Laelius emptor ei promitteret adhuc 3500. thal. Hac autem summa non soluta, post mortem Laelii agnati ejus ex jure simultaneae investiturae in hoc feudum succedunt, haereditate allodiali ad filias defuncti perveniente. Unde quaestio orta: an 2 haeredes allodiales, an vero feudales ad solvendam summam hanc teneantur?

Agnati pro sua intentione urgere poterant, quod illi 3 3500. thal. de quorum solutione agitur, viduae ex transactione Laelii debeantur, debita vero ex contractu vasalli orta, non a successoribus feudalibus, sed allodialibus sunt exigenda, quia revera naturam allodialem habent, Carpz. *p.* 2. *const.* 46. *def.* 47. Successor au- 4 tem feudalis non ex defuncti beneficio, sed proprio jure, quod hic ex investitura simultanea quaesitum habet, feudum capit, ut adeo cesset ratio dispositionis civilis, in *l. cum a matre* 14. *c. d. r. v.* Nec osten- 5 sum est, Luciam ratione debiti illius sibi reservasse hypothecam in feudo. Unde agnati ab ea nulla ratione conveniri posse videntur. 2. *feud.* 45. Verum enim 6 vero Lucia jus certum in feudo quaestionis habebat, nec aliter primus acquirens Laelius potuisset illius possessionem nancisci, quam satisfaciendo Luciae promissione 3500. thal. Jam notissimi juris est, quod debita ratione rei feudalis contracta, vel in feudi utilitatem versa, pro debitis feudalibus aestimanda, Carpz. *p.* 2. *c.* 46. *d.* 26. indeque ab haeredibus feudalibus solvenda veniant. B. Brunn. *de concurs. creditorum cap.* 7. §. 16. Et sic hoc debitum, ad liberandum hoc 8 feudum ab onere dotis et dotalitii huic inhaerente contractum, omnino feudale erit; hinc si Laelius hoc onere non liberasset, sane ipsi agnati et simultaneae investiti hoc facere debuissent; onus enim dotis et dotalitii transit ad agnatos Carpz. *p.* 2. *c.* 44. *d.* 1. *n.* 3. Koppen *p.* 1. *decis.* 39. da. Horn. *jurispr. feud. c.* 21. §. 7. Hahn. Pistor. *lib.* 1. *quaest.* 4. quod et in feudis imperii obtinet, Itterus *de feud. imp. c.* 18. §. 11. Accedit, quod Lucia non aliter renunciaverit juri 9 suo, feudum quaestionis afficienti, quam si ei solvantur a Laelio 3500. thal. unde sequitur, quod solutione non secuta jus integrum manserit; quae enim sub conditione fiunt, conditione cessante pro non facto reputantur, *l. si quis sub conditione* 8. *ff. si quis omissa caus. l.* 213. *ff. de v. s.* quod etiam in conditione tacita procedit. Alexander *lib.* 7. *consil.* 42. *et* 46. Surdus *de alimentis tit.* 9. *qu.* 29. *n.* 13. *et seqq.* Et 10 ideo, absolutis haeredibus Laelii allodialibus, agnati in feudo succedentes ad solutionem memoratae pecuniae una cum interesse morae compellendi erunt.

RESOLUTIO V.

De patre dotem nimiam filiabus ex feudo cum certa portione haereditaria assignante.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 7. *seqq.*
Decisio. n. 14.

1 Vincentius ex primo matrimonio filium unum et tres filias, ex secundo autem filios duos, unamque filiam habens, in testamento disposuerat, ut filiabus natu minoribus, non minus ac majoribus, singulis primum 5000. thaleri dotis loco, et deinceps alii 5000. thaleri loco haereditatis paternae maternae et avitae ex feudo numerentur. Sed altera filiarum, antequam nuptias contraheret, decedebat, cui in relictis a patre 10000.
2 thal. reliquae filiae succedere cupiebant. Ex quo controversia nata: an praefatae pecuniae summa tamquam haereditas defunctae sororis queat ex bonis feudalibus peti?

3 Quod 5000. thal. pro dote relictos concernit, res caret difficultate: scilicet dos sine matrimonio esse non
4 potest. *l.* 3. *de jure dotium.* Unde, sorore defuncta ante nuptias, nullam ipsi dotem filii praestare coguntur. Verum quoad reliquos 5000. thal. dubitari posset. Nam paterna dispositio de his adest manifesta, et filius parentis factum et promissum tenetur praestare *l.* 14. *c. de r. vind. l.* 114. §. *cum pater* 15. *d. legat.*
5 1. quod in feudis adeo obtinet, ut filius non possit repudiato allodio feudum acceptare, sed hoc acceptato etiam ad onera allodii seu ad promissionem patris adim-
6 plendam obligetur. *c. un.* 2. *feud.* 45. Praeterea hoc in casu filiabus bona materna simpliciter debentur, sive nupserint, sive innuptae manserint: ex bonis vero paternis ad minimum ipsis legitima pure et sine ullo onere debetur *l.* 32. *c. de inoffic. test.* Onus autem foret, si innuptis denegaretur.

7 Verum quia casus hic in Marchia brandenburgensi contigit, ubi secundum ll. provinciales dimidia pars bonorum defunctae uxoris ad maritum devoluta, et ob necessitates rei familiaris consumpta; altera autem dimidia in dotem filiarum seniorum impensa, ut ita nihil ex bonis maternis remanserit apud filios, sed si quid nomine bonorum maternorum petendum esset, hoc a filiabus senioribus repetendum foret, utpote quas ad acceptae dotis collationem obligari expeditum est.
8 *l.* 17. *c. de collationib. t. t. ff. de dot. collat.* nisi forte hae ab haereditate materna abstinere maluerint, quo casu a collatione dotis liberantur. *l. ult. ff. de dot. collat.* Christin. *volum.* 4. *decis.* 2. *n.* 4. interim tamen sororibus legitimam supplere tenentur, *arg. no-*
9 *vell.* 92. *c.* 1. Paterna autem bona quod concernit, ex illis non nisi allodialia filiabus debentur, haec autem in tantum aere alieno gravata, ut hoc deducto nihil remanserit. *l.* 39. §. 1. *ff. de v. s. l. fin.* §. *sin autem aes alienum c. de bonis, quae liberis.* Et quamvis feuda non defecerint, attamen ex his aes alienum non solvendum, quamdiu quicquam ex allodio superest. Schrader. *de feud. part.* 7. *c.* 7. *n.* 42. Berlich. *part.* 2.
10 *concl.* 55. *n.* 46. Ut taceam, tantum fuisse patris aes
11 alienum, ut etiam non exiguam partem bonorum feudalium expropter vendere necessum habuerit. Utut ergo deficiente allodio aliquid ex feudo dotis nomine debeatur filiabus Struv. *de feud. c.* 14. *thes.* 17. quod et quam maxime in Marchia brandenburgensi observatur.
12 Muller. *resol. March.* 62. *n.* 16. attamen hoc non in arbitrio patris est, quantam dotem filiabus ex feudo assignare velit, sed a domino hoc determinandum, ne nimium hoc onere gravetur feudum, et ita filii ad servitia domino praestanda reddantur inhabiles. Struv. *d. c. thes.* 17. *n.* 3. Carpz. *part.* 2. *constit.* 46. *definit.* 18. Hartmann. Pistor. *part.* 2. *qu.* 37. *n.* 18. Imo 13
licet tandem praetensio ratione dotis adesset, haec tamen corruit nuptiis non secutis, *l.* 1. *ff. sol. matr.* Nec a jure petendi dotem argumentum duci potest ad jus petendi partem haereditatis paternae, quia haec ex feudo non debetur, allodium autem aere alieno jam consumptum est.

Hinc pro filiis tamquam successoribus feudalibus 14
respondendum est, hos neque 5000. thal. dotis nomine, neque 5000. pro haereditate paterna et materna defunctae sororis ex feudo numerare obligatos esse.

RESOLUTIO V.

De fideicommisso favore familiae extendendo.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 13. *seqq.*
Decisio. n. 22.

Condiderat illustris foemina Catonia testamentum, 1
in quo ipsa maritum suum haeredem instituerat, subjunctis precibus, ut hic post suam suorumque filiorum mortem certa praedia restitueret fratri Honorio, vel ejus filiis nascituris, hisque deficientibus alteri fratri Friderico ejusve descendentibus. Atque huic substitutioni fideicommissariae adjecta fuit clausula, quod praedia jam dicta familiae conservari debeant. Mortuo deinde marito sine prole, recidebant fundi ad fratrem primo loco substitutum scil. Honoriom, qui filios quidem nullos, filias tamen susceperat, et hinc praedia cupiebat alienare, quod crederet, alterum fratrem Fridericum tantum fuisse substitutum, si ipsi aut ejus filii non adessent tempore delationis, et hinc per suam acceptationem extinctam esse substitutionem Friderici. Unde nascebatur quaestio: an etiam in hunc casum 2
Honorius fideicommisso-oneratus esse videatur, ut praedia quaestionis post mortem suam Friderico restitueret?

Utut vero Honorius a testatrice fideicommisso ex- 3
presse gravatus fuerit, et Fridericus tantum si substitutus in casum, si tempore mortis mariti nec ipse nec ejus filii adessent: de casu autem, si Honorius post acquisitum fideicommissum moriatur, nihil cautum: et sic omissa pro omissis habenda videantur. *l. commodissime.* 10. *ff. de lib. et posthum. haered. inst.* Surd. *decis.* 202. *n.* 10. Quod enim quis facile ex- 4
primere potuisset, si voluisset, id, si non expressit, non voluisse censendus est. Molestin. Pistor. *vol.* 2. *consil.* 21. *n.* 52. Rol. a Valle. *vol.* 3. *consil.* 56. *n.* 7. Et ob hanc causam in specie fideicommissum non 5
aliter inducitur, nisi prout verba sonant. Card. Tusch. *pract. concl. lit. f. concl.* 261. *n.* 1. Besold. *vol.* 1. *consil.* 6. *n.* 16. Sicut et substitutio, quae verbis non 6
legitur, non admittitur. Paris. *lib.* 3. *consil.* 66. *n.* 3. Tusch. *d. concl. n.* 5. Sed si ad unum casum facta, 7
ad alium non extendenda. Tusch. *lit.* 5. *concl.* 243. sufficit enim hic reo dicere, quod substitutio in eo 8
casu non loquatur. M. Anton. Peregrin. *de fideicomm. artic.* 1. *n.* 26. Decian. *vol.* 3. *consil.* 55. *n.* 9. Et 9
posito, quod etiam in casum mortis fraternae substitutio expresse facta, tamen subintelligenda foret tacita

conditio, si sine liberis decesserit. *l. cum avus* 102.
10 *ff. de condit. et dem. l. cum acutissimi* 30. *c. de fideicomm.* sub qua conditione etiam filiae subintelliguntur. Peregrin, *de fideicomm. artic.* 25. *n.* 1. *seqq.*
11 Ergo Honorio filias habente, illud fideicommissum cessare videbatur, etiamsi expressum fuerit. Et quod de
12 conservatione in familia dicitur, id intelligi potest de alienatione in extraneum non faciendo, quamdiu quis ex familia emere velit.
13 Quia tamen in principio testamenti fideicommissum indubitatum continebatur, dum maritus rogatus erat restituere; deinde certae personae fideicommissariae expressae, subjuncta clausula, *ut bona familiae conserventur*, ex quibus abunde de animo fideicommit-
14 tendi constat. Etenim in consequentibus dicta ex antecedentibus interpretanda veniunt, Cephal. *consil.* 156.
15 *n.* 10. *et seq. et consil.* 357. *n.* 38. Et quoties testator bona in familia sua permanere voluit, fideicommissum absolutum et perpetuum inducitur. Petr. Ant. de Petra. *de fideicommiss. qu.* 5. *n.* 2. *et* 7. Mascard. *de probat. conclus.* 776. *n.* 7. Knipschild. *de fideicomm. famil. illustr. cap.* 6. *n.* 99. quae sententia com-
16 muni dd. calculo comprobata, adeo ut hoc fideicommissum non tantum in casum alienationis, sed etiam mortis inductum censeatur. Mantica *de conjectur. ult. volunt. lib.* 6. *tit.* 14. *n.* 24. Menoch. *lib.* 4. *praes.*
17 68. *n.* 9. Quod in casu praesenti tanto minorem continet dubitationem, quod in testamento semper masculi tantum nominentur, adeo, ut quia Honorius jam habuit filias, expresse filii nasciturі substituti fuerint.
18 Quando vero tantum masculorum facta mentio, tunc dispositio ad eum finem facta praesumitur, ut consulatur familiae, etiamsi hoc non sit expressum. Tusch. *lit. f. concl.* 260. *n.* 71. *seq.* Fusar. *de substit. fideicomm. qu.* 346. *n.* 13. Molina *de Hispan. primogenit. lib.* 1. *c.* 5. *n.* 25. *seqq.* Simon de Praetis *de in-
19 terpretat. ult. vol. lib.* 3. *dubit.* 1. *sol.* 11. *n.* 5. Quibus sic se habentibus nulla hic adest extensio fideicommissi, quia voluntas testatricis liquida est et ex-
20 pressa de bonis in familia conservandis. Immo tunc, quando conditio confertur a testatore in certum casum consideratum ratione alicujus effectus, (sicut in praesenti casu est conservatio familiae et favor masculorum) tunc licet ille casus non eveniat, si tamen casus contingat, per quem idem sequatur effectus, dispositio trahitur ad casum alium evenientem, considerata voluntate defuncti. Peregrin. *de fideicommiss.*
21 *artic.* 11. *n.* 46. Neque conditio: *si sine liberis*, hic locum poterit invenire, cum illa tantum obtineat in substitutione descendentium, non vero collateralium; et eapropter in specie, si fratri substituatur, hanc conditionem non subintelligi, tradit post plurimos dd. Fusarius *de substit. quaest.* 397.
22 Hinc decidendum, quod, Honorio sine masculis descendentibus mortuo, substituti reliqui sunt admittendi, et proinde his, in casum factae alienationis, jus revocandi competat.

RESOLUTIO VII.

De dotis illatione ex quietantia mariti testibus munita non sufficienter probata.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3.
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 15.

Ulpius anno 1673. cum Claudia contraxit pacta do- 1
talia, in quibus tunc temporis sponsa dicebatur Ulpio jam numerasse dotem 1500. thal. et hanc ad emendum praedium Crusianum impensam esse constituta simul donatione propter nuptias ejusdem quantitatis, desuper impetrata serenissimi confirmatione. Decedebat postea Ulpius sine mascula prole, et Claudia ab agnatis defuncti mariti, tamquam successoribus in feudo petebat restitutionem dotis, et omnium, quae juxta tenorem pactorum dotalium ei debebantur; sed cum solutio promissa dotis negaretur, vidua eamdem quietantia mariti doorum nobilium subsignatione munita probabat; tandem post obitum quoque Claudiae ferebatur sententia, qua haeredibus viduae injungebatur in supplementum praestatio juramenti credulitatis, dotem illatam esse, quo praestito dos pro illata haberi, et ab agnatis omne, quod in pactis dotalibus comprehensum, Claudiae haeredibus restitui debeat. Hanc autem sententiam agnati interposita appellatione suspendebant, et informari cupiebant; an sententia reformatoria in 2
appellationis instantia sit exspectanda?

Militabat pro illatione non tantum quietantia mari- 3
ti nuda, sed tribus testibus subscripta. Jam vero, quando ad confessionem mariti accedit unius testis saltim fide digni depositio, numeratio dotis satis probata videtur. Carpz. *p.* 1. *const.* 28. *def.* 81. ad quod testimonium conjunctae personae uxoris etiam admittuntur. Carpz. *d. l. d.* 18. accedit etiam notarii subscriptio, 4
per quam non solum omnis suspicio doli excluditur, sed quae instar plenae probationis est. Bart. *in l. haeredes palam.* 21. *pr. ff. qui test. fac.* Gloss. *in cap. quoniam contra.* 11. *x. de prob.* Unde si praeter haec 5
haeredes Claudiae juramentum credulitatis praestare velint, nulla videtur ratio subesse, cur dos pro illata haberi non debeat.

Verum enim vero abunde notum est, nullum jura- 6
mentum suppletorium invenire locum, nisi semiplene probatum fuerit. Mynsing. *cent.* 1. *obs.* 68. *n.* 5. Talis autem semiplena probatio hic non adest. Nam in 7
quietantia non dicitur, testes subscriptos ipsam dotis solutionem vidisse, neque etiam notarius subscriptus ejus mentionem facit. Jam vero notario credendum non est, nisi in eo, quod ipse sensibus corporeis percepit. Jul. Clar. *recept. sent. lib.* 5. §. *falsum n.* 19. *in fin.* sed credendum ipsi tantum in illis, quae co- 8
ram ipso gesta. Anton. Fab. *cod. lib.* 6. *tit.* 5. *d.* 10. *n.* 7. Alexander. *l.* 2. *consil.* 105. *n.* 2. de aliis vero rebus, quas non vidit, si testimonium afferat, poena falsi tenetur. Clar. *d. l.* Tiber. Decian. *pract. crim. lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 31. Tennin. Rodulphus. *tract. cautelar. caut.* 121. *n.* 9. *seq.* Quae suspicio falsitatis su- 9
getur per diversitatem mensis et diei, quo data est quietantia, scil. *mense oct.* et quo subsignatio notarii facta, scil. *mens. jan.* Cui congruit, quod triennio post 10
hanc quietantiam confectam Claudia ex venditione praedii alicujus demum 1500. thal. redegerit, quos inferre potuerit: aliunde vero ipsam habuisse tantam pecuniae summam, non erat probabile, ut adeo quietantia non immerito habeatur pro simulata; sola autem simulationis suspicio probationem dotis numeratae ex

confessione mariti annihilat. Anton. Faber. *in cod. lib. 5. tit. 10. def. 1. n. 1.* Porro etsi probatio semiplena Claudiae adesset, tamen suppletorium juramentum regulariter illi tantum deferendum, qui rei notitiam habet ex sensu corporeo. Menoch. *de a. j. q. lib. 2. cas. 190. n. 5.* Wurmser *obs. pract. tit. 14. observ. 14.* Besold. *p. 5. c. 246. n. 52.* non vero, qui credulitatem tantum allegat, et de ea jurare vult. Berlich. *p. 1. concl. 53. n. 17.* Prukmann. *vol. 1. cons. 10. n. 119.* d. Brunnem. *proc. civil. cap. 23. n. 25.* Ast hic Claudiae haeredes nullam plane certitudinem ex sensu corporeo habent. Imo utut, ex non nullorum opinione, juramentum credulitatis quoque ad supplendam probationem aliquando admittendum sit, Carpz. *p. 1. const. 23. def. 8.* tamen praesenti casu, quo defuncta ad jurandum se nunquam obtulit, et praesumptiones solutionis contrariis praesumptionibus juxta deducta eliduntur, id locum nullum inveniet.

Non poterat itaque decisio alia sequi, quam quod haeredibus Claudiae melior probatio sit injungenda, et hinc sententiae supra memoratae reformationem sperari posse, existimatum est.

RESOLUTIO VIII.

De tuenda possessione juris exigendi praestationes a subditis.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes decidendi. n. 3. seqq.
Decisio. n. 9.

Wilibaldus, nobilis Lusatiae inferioris, emerat dynastiam strabonianam cum omnibus juribus et pertinentiis; quemadmodum etiam ipsi cuncta urbaria, registra et libri rationum de omnibus redditibus istius dynastiae, una cum ipsis subditis traditi fuerunt. Et subditi quoque in praestatione homagii speciatim se obligarunt ad servitia aulae (*Hoff Dienste*) canones (*Erb Zinse*) pensiones (*Paechte*) et ad aliud tributi genus, quod vocatur *Rauchsteuer*, atque ad omnia reliqua onera juxta tenorem urbarii (*des Erb-Registres*) cum debito obsequio praestanda. Quod ipsi postea etiam per multos annos secundum promissa praestiterunt, donec tandem *anno* 1671. nonnulli tributum illud, *Rauchsteuer* vocatum, solvere recusarent, eoque nomine litem intendere conarentur. Unde quaestio orta, annon Wilibaldus ad tributum quaestionis a subditis exigendum ex allegatis documentis sufficiens possessionis suae fundamentum haberet?

Et quidem Wilibaldum in possessorio sat validum habere fundamentum, extra dubium existimabatur. Indicabat enim urbarium, ultra 50. annos tributum illud (*Rauchsteuer*) a subditis volentibus solutum fuisse, ex quo dynasta plenissimam possessionem vel quasi juris exigendi nactus est. Praesertim, quia dd. colligunt, quod quasi possessio exigendi acquiratur ac probetur per unicam solutionem. Lud. Post, *tr. de manutenent. obs. 18. n 26.* Sicut et ex unica solutione fructuum census acquiritur et probatur quasi possessio censum exigendi, ita ut exinde debeatur manutentio. Ludov. Post. *d. obs. n. 34.* Quia igitur in praesenti casu non unicus saltim actus, sed plures per multos annos reiterati adsunt; tanto magis Wilibaldus in possessione continuata manutenendus erit. Accedit etiam, quod dynasta insuper titulatam possessionem pro se habeat, cum titulus ex urbario satis constet, et per homagium subditorum sufficienter confirmatus sit. Quamvis vero titulus ad retinendam possessionem necessarius non sit, si tamen de eo constet, semper vincit ille, qui cum possessione titulum producit. dd. *in c. licet causam. x. de probat.* Virgin. de Boccatiis *de interdictis. cap. 10. n. 1.* Add. Menoch. *remed. 3. retin. post. n. 726. seqq.*

Ex his itaque constabat, Wilibaldum pro possessione sua sufficiens ex documentis fundamentum petere posse.

RESOLUTIO IX.

Jus exigendi tributum per urbaria et alia documenta probari potest.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. seqq.
Rationes decidendi. n. 10. seqq.
Resolutio rationum dubitandi. n. 29. seqq.
Decisio. n. 42.

Utut autem possessio juris exigendi, *die Rauchsteuer*, ex urbario firma esset, nec antequam adversa pars in petitorio jus suum probasset, Wilibaldo eripi posset, tamen id adhuc in dubio remanserat: an ipsum jus exigendi per dictum urbarium evinci possit, indeque Wilibaldus etiam in petitorio certam sibi victoriam promittere valeret?

Namque pro subditorum intentione militare videbatur, quod tributum quaestionis (*die Rauchsteuer*) ante hac loco contributionis provincialis a subditis solutum fuerit; quod tributum postmodum in marchionatu Lusatiae inferioris cessavit, introducto in illius locum alio contribuendi modo. Quia ergo surrogatum sapit naturam ejus, in cujus locum surrogatum, *arg. l. 10. §. 2. ff. si quis caution. et ibi* Bartol. Everhard. *loc. tob. 122. n. 1.* Caspar. Klock. *de contribut. cap. 17. n. 196.* sublatum censebitur prius, et surrogatum praestitisse sufficiet. Praesertim, quia durum nimis esset, si subditi duplici onere, veluti contributione provinciali et tributo (*Rauchsteuer*) simul premerentur, quod in jure licitum non est. *l. 4. §. 2. ff. ad l. Rhod. de jact. l. 16. §. 3. ff. ad sc. trebell.* Praeterea subditi nonnulla praejudicia pro se habebant, quod scil. incolae pagi lubenaviensis et neuzuchensis per processum jam obtinuerint; se tributum (*Rauchsteuer*) pendere non teneri: quare manifesti juris esse videbatur, ut etiam praesenti casu tali modo judicaretur; cum rerum similiter judicatarum auctoritas vim legis obtineat. *l. nam imperator. 38. ff. de ll.*

His tamen non obstantibus, ex documentis supra memoratis perspicere licebat, subditos nec in petitorio fundatos, sed potius pro Wilibaldo sententiam ferendam esse. Certum enim erat, dictum tributi genus, *die Rauchsteuer*, in urbariis antiquis claris verbis expressum contineri. Jam vero ejusmodi libri, in quibus sedditus vel annui census conscribuntur, vulgo *Schoss-*

oder Renten-Bücher, inter subditos plenam fidem faciunt. Joh. Köppen. *part.* 1. *decis.* 46. *n.* 14. *et* 16. Molin. *in consuet. paris. tit.* 1. *de mater. feud.* §. 2. *n.* 25. *et* 26. Wesembec. *p.* 4. *consil.* 166. *num.* 47.

13 Et quamquam aliqui dd. ejusmodi libris censualibus et urbariis auctoritatem suam detrahere conentur, et inprimis ex libris censualibus et jurisdictionalibus nobilium servitia ac praestationes contra subditos probari posse negent, quos allegat et sequitur Carpzov.

14 *lib.* 1. *resp.* 61. *n.* 6. Id tamen exceptionem patitur, si tales libri semel a subditis approbati fuerint, tunc enim publica et authentica auctoritate gaudent. Dan. Möller. *lib.* 4. *semestr. cap.* 37. *vers. si formam publicam.* Carpzov. *lib.* 1. *resp.* 62. *n.* 1. Talis autem approbatio non modo in facto certa, sed praeterea juramento firmata fuit; siquidem subditi jam *anno* 1615. et sequentibus mutationibus dominorum, diversis vicibus urbarium ratihabuerunt, ac jurato promiserunt, se omnes ibi contentas praestationes, inter quas et tributum quaestionis, *die Rauchsteuer*, nominatim expressum, lubentes praestituros esse: uti vero valida est operarum praestatio juramento promissa *per l. ut jurisjurandi.*

17 7. *ff. de oper. libert.* Ita idem in promissione certi census jurata obtinebit cum juramentum vim sententiae ac rei judicatae habeat. *l.* 1. *pr. ff. quaer. rer. act. non detur.*

18 Seraphin. de Seraphin. *de privileg. juram. priv.* 151. Unde etiamsi subditi vi metuque compulsi essent (quod tamen in praesenti casu non est) ut jurarent in libros censuales nobilium, tamen contra dominos actionem intentare non possent, nisi relaxationem juramenti prius impetraverint. Carpzov. *lib.* 1. *resp.* 64. *n.* 11. Atque hinc juris est, subditos nunc demum cum exceptione sua non esse audiendos, quia contra proprium juramentum tamdiu approbatum exceptiones opponere non licet. Bartol. *in l. eam qui* §. *fin. ff. de jurejur.* Seraphin. *d. tract. privil.* 127. *n.* 1. Porro quoque ea omnia, quae in documentis habentur, subditis specifice praelecta fuere, ipsique illis contenti, specialim quoque in tributum quaestionis, *die Rauchsteuer*, consenserunt, ex

21 quo ipso valide obligantur. Quoties enim liber censualis consensu omnium conficitur, vel, quod idem est, approbatur, haec confectio loco promissionis vel quasi contractus est, et dum quis patitur talia in aestimio describi, eo ipso se obligat ad solutionem inscriptae quantitatis, quae obligatio necessitatem solvendi et praestandi continet. Caspar. Klock. *de contribut. cap.*

22 17. *n.* 37. *seqq.* Et quidem subditi juramentum illud, de pendendo tributo, *die Rauchsteuer*, juxta tenorem urbarii in praesentia notarii et testium praestitere, ac desuper instrumentum publicum confectum est; cui instrumento in praesenti casu omnino fides adhibenda.

23 Carpzov. *lib.* 1. *resp.* 63. *n.* 15. Sed et hoc merito attendendum venit, quod ne nunc quidem subditi quicquam in urbariis aliisve documentis desiderent, sed in omnibus punctis et praestationibus illa admittant, nisi quod nono anno de tributo hoc, *Rauchsteuer*, controversiam excitaverint. Jam vero gravis praesumptio pro libris censualibus est, si caetera contenta in illis vera ac justificata reperiantur; sic enim plenam merentur fidem, et in omnibus veritas praesumitur. Hartmann. Pistor. *observat.* 159. *n.* 20. Jason. *ad l. admonendi. n.* 128. *vers. quinto principaliter limitat. ff.*

25 *de jurej.* Carpz. *d. resp.* 63. *n.* 8. *seqq.* His quoque accedit temporis antiquitas, quoniam jam *anno* 1615. cum dynastia strahoniana nobili de W. caderet, dictum isthoc tributum non tantum in urbario comprehensum, sed etiam a subditis expresse promissum fuit. Quoties vero libris censualibus tantum tempus suffragatur, quod ad praescriptionem sufficit, absque ulteriori adjumento plena illis tribuenda fides. Carpzov. *d. resp.* 63. *n.* 10. *et quos ibi consentientes allegat.* Tandem haec omnia per tanti temporis possessionem magnopere confirmantur, pro qua possessione ita praesumitur, ut non saltem in possessorio, sed et in petitorio, si aliud evidenter probatum non sit, pro possidente judicandum. §. *retinendae. 4. j. de interdict.* Cum ex possessione dominium praesumatur. Bartol. *in l. quidam. n.* 4. *ff. de condit. instit.* Wesembec. *vol.* 1. *consil.* 21. *n.* 68.

Nec quicquam impedit, quod a subditis Wilibaldo fuit objectum, scilicet de surrogatione contributionis provincialis, *der Landes-contribution*, in locum *der Rauchsteuer*. Etenim illud in facto consistit, indeque specifica probatione verificandum est, ad quam probationem non sufficit, quod forte ante hac contributio provincialis sub nomine *der Rauchsteuer* venerit; sed praecise probandum est, hocce tributum, quod Magistratus exigit. et in urbariis *Rauchsteuer* appellatur, loco contributionis dari. Hoc autem, quantum ex documentis saepius memoratis colligi poterat, facto difficile fuerit; nam tributum quaestionis annuatim die Bartolom. pendendum, indeque pro simplici censu habendum est. Et si id ipsum provincialis contributio esset, non sane in rationibus dynastiae inter reditus ordinarios relatum, sed potius speciali titulo et loco consignatum fuisset. Et hoc subditos ipsos quoque fateri oportebat, cum hae de re examinarentur, quod scilicet tributum, *die Rauchsteuer*, Dynastae tanquam census, ordinaris vero contributio provincialis, *die Landes Steuer* domino territorii solveretur, quare a diversis male fit illatio. Cessat igitur hoc ipso, quod de duplici onere subditis non imponendo fuerat objectum *n.* 7. quia juribus minime adversatur, ex duplici causa duplici onere gravari. Nec magis allegata praejudicia possunt officere, quippe quae res inter alios actas concernunt, et hinc aliis nocere non possunt. Ulterius minima saepe circumstantia diversam decisionem requirit, ut hinc magis ad leges et justitiam causae respiciendum, quam ad ejusmodi praejudicata *l. nemo* 13. *c. de sent. et interloc.* Et tandem addicta exempla non fuerunt in foro contradictorio plene ventilata decisaque, sed partim transactio e confecta, partim neglectu fatalium alter litigantium causa cecidit, ut vel ex hac ratione ab istis ad casus alios extensio non admittenda sit. Opponebatur quidem adhuc in actis, quod ad praescriptionem hic plane provocari nequeat, cum hic agatur de praestationibus annuis, quibus non una vice praescribitur, sed tot praescriptiones requirantur, quot anni. *l. cum notissimi.* 7. §. *fin. c. de praescript.* 30. *anni.* Hoc enim procedit, si quis per praescriptionem a praestationibus annuis se liberare velit, non ubi hae per praescriptionem acquirendae; nam alias nec emphyteusis praescriptione acquiri posset; quod tamen falsum esse in comperto est. Lauterb. *in coll. ff. tit. si ager vectig.* §. 15.

Omnibus ergo sic ponderatis circumstantiis, concludendum est, Wilibaldo ex urbario ac reliquis docu-

mentis certum et indubitatum jus exigendi tributum quaestionis competere.

RESOLUTIO X.

De jure repraesentationis in principatu Germaniae, ubi jus primogeniturae viget, obtinente.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 9. *et seqq.*
Decisio. n. 16.

1 Auffridius princeps imperii tres reliquerat filios, Cajum, Sejum et Titium, ex quibus natu primus Cajus, in praesenti regimen tenens, nullos habet filios, Sejus, autem secundo genitus relictis filiis decessit, tertio genito Titio adhuc superstite. Dubium itaque existebat, cum jus primogeniturae in illo principatu 2 introductum esset, annon Titius tertio genitus tamquam aetate senior defuncti fratris Seji filiis adhuc minorennibus, defuncto Auffridio, in successione praeferendus esset, ita, ut fratrum filii hoc casu ad jus repraesentationis provocare nequeant.

3 Quamvis autem pro excludendo jure repraesentationis in antiquissimo hoc Germaniae principatu allegari possit, hoc antiquitus in Germania plane ignotum fuisse, ita ut ibi tantum juxta simplicem gradus proximitatem successio devoluta, quemadmodum hoc Tacitus jam suo tempore de moribus Germaniae testatus est, idemque etiam antiquae germanorum leges hac de re latae firmarunt, quod variis exemplis probavit Goldastus *discurs. exot. de jure repraes. in primogen.* 4 *imp. germ.* §. 4. *et seqq.* Ex qua antiqua observantia Saxones quoque jus repraesentationis inter collaterales minime receperunt, *Land-Recht. art.* 7. *lib.* 1. *ibi* 7. 5 *je naeher dem Sipp, je naeher dem Erbe.* Porro multarum domuum principalium consuetudine comprobatum est, quod in principatibus, divisionem non recipientibus, aetate senior juniori praeferatur, teste Goldast. *d. discur.* §. 14. Koehler. *de jur. imp. germ. concl.* 53. 6 sicut et hoc idem in parlamento parisiensi anno 1563. judicialiter decisum. Bodinus *lib.* 6. *de rep. cap.* 5. 7 Et eumdem hunc morem in omnibus regionibus septemtrionalibus servatum fuisse, probat. Goldast. *tr.* 8 *de majorat. lib.* 3. *cap.* 20. §. 1. quemadmodum speciatim in ducatu meklenburgico hanc rationem succedendi, quod senior praeferatur juniori, introductam esse, testatur Goldastus *d. discurs. de jure repraes.* §. 16. Betsius *de pact. famil. illustr. fol.* 461. Limnaeus *de j. publ. lib.* 5. *cap.* 15. *n.* 3.

9 His tamen non obstantibus, quoniam anno 1521. communis constitutio imperii a Carolo V. publicata, vi cujus in toto imperio fratrum sororumve demortuorum liberi cum parentum fratribus sororibusque ad successionem in stirpes concurrunt, omnibus consue- 10 tudinibus, huic dispositioni contrariis, sublatis; ideo in principum quoque successionibus fratrum liberis jus repraesentationis prodesse debet. Idemque et in Saxonia, quantum ad successionem feudalem, eatenus admissum, ut fratrum filii utantur jure repraesentationis, etiamsi in literis investiturae expresse positum: *nach rechter Sipzahl.* Carpzov. *p.* 3. *const.* 29. *def.* 1. Berlich. *p.* 3. *constit.* 40. *n.* 8. Porro etiam 11 hic non commiscendum jus primogeniturae simplex, et cum majorato conjunctum, quae duo saepius a dd. confunduntur. vid. Molin. *de majorat. Hispan. lib.* 1. *cap.* 1. In majoratu expedita res est, quod major natu 12 ultimo possessori succedat in bonis majoratus, etiamsi alius proximior adsit. Molin. *de just. et jur. tr.* 2. *disp.* 624. *n.* 1. *et seq.* Sed e diverso, ubi simplex pri- 13 mogeniturae jus introductum, non potest non linealis successio locum invenire, ita ut primogeniti linea extincta, secundogeniti linea, et qui in ea proximior est, admittatur; unde primogenito mortuo secundo genitus, aut ejus filius dicitur primogenitus. Pelaez a Meres *tr. de major. hispan. p.* 2. *q.* 4. *illat.* 3. *n.* 1. Tiraquell. *tr. de primogenit. qu.* 3. *n.* 6. *et qu.* 41. Haecque sententia in successione principum imperii 14 quoque, praesertim in controversia altenburgensi et vinariensi, ab imperatore Rudolpho est probata. Itemus *de feud. imper. cap.* 15. §. 6. *p.* 754. Et eom- 15 munem dd. assensum meruit. Arnold. Engelbrecht. *de success. elector. th.* 101. *et seq.* ubi ex professo hanc materiam deduxit. Schurz. *de jur. publ. vol.* 1. *disp.* 7. *th.* 14. *lit. c.* Kloch. *relat. cameral.* 168. *n.* 61. *seq.*

Quapropter existimatum fuit, quod Seji filius natu 16 major Titium a successione excludat, nisi in illo principatu haec observantia doceri posset, quod non secundum lineas, sed secundum aetatem majorem nullo linearum discrimine habito, successio deferatur, quo casu Titius, veluti major in familia, Seji liberis praeferendus esset.

RESOLUTIO XI.

De haeredibus praetoris ex syndicatu conventis.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *et seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *et seqq.*
Decisio. n. 16.

Senatus civitatis cujusdam imperialis l. praetori ur- 1 bico mandaverat, ut Titium, cui cura rei monetariae incumbebat, ob cusam viliorem monetam, nisi 8000. thal. solvere paratus esset, in carcerem conjiceret: Sempronius vero vocato ad se Titio, et hoc in aedibus ejus comparente, mandato superiorum exacte non satisfecit, sed utut facile ipsum carceri mancipare potuisset, certa tamen pacta cum hoc iniit, ut poenam illam distinctis terminis solveret. Inde aufugiendi occasionem nactus est Titius, et praetor Sempronius 2 etiam mox vita functus, hinc fiscus a praetoris haeredibus restitutionem illorum 8000. thal. petiit, eosque judicialiter convenit, ubi in controversiam venit, an intentio fisci contra haeredes praetoris in jure fundata sit?

Non quidem deerant fisco, quae pro intentione sua 3 coloranda allegaret. Instituerat enim actionem mandati, quam adversus haeredes dari expeditum est, cum haec ex contractu sit, quales actiones tam active, quam passive etiam sine ulla litis contestatione ad haeredes transeunt. *l.* 49. *ff. de o. et a. pr. et* §. 1. *instit. de perpet. et temporal. action. l.* 152. §. 3. *ff. de*

r. j. cujus ratio nota ex *l. veteris* 13. *c. de contrah. stipulat.* quod procedit, etiamsi dolus defuncti in illo
4 contractu concurrat. *l.* 12. *et* 49. *ff. de o. et a.* Porro quoque notum est, quod haeres magistratus teneatur ob id, quod non idoneam cautionem a tutore exegerit, defunctus, modo lata defuncti culpa doceri possit. *per l.* 2. *et* 3. *c. de mag. conven.* Et ulterius cautum reperitur in jure: quod si judex in administranda justitia contra legem Juliam repetundarum peccaverit, non tantum ipse, sed et haeres ejus conveniri possit,
5 etiamsi lis cum defuncto nondum contestata *l.* 2. *ff. ad l. jul. repetund. l.* 20. *ff. de accus.* quale crimen hic subesse videtur, vid. Myler. *in hyparcholog. c.* 12. §. 7. *n.* 14. *et is.*

6 Verum enim vero si res accuratius perpendatur, contractum mandati hic subesse, doceri nequit: contractus enim mandati non necessitatis, sed voluntatis est, adeo, ut cuivis mandatum vel accipere vel recusare liberum sit. §. 11. *institut. mandati. l. si quis*
7 27. §. 2. *ff. eodem.* Ex diverso mandata superiorum sunt necessitatis; ad quae exequenda quilibet etiam invitus tenetur, et illa negligens non tamquam contractum non implens, sed ut delinquens consideratur, de
8 quo vel ipse apostolus *rom.* 13. testis esse potest; jam autem delicta suos tenere debent auctores. *l. sancimus* 22. *c. de poenis*, et inde nec poenales actiones ad haeredes delinquentis transeunt. §. 2. *institut. de perpet. et tempor. action. l.* 1. §. 1. *et* 2. *ff. de privat. de-*
9 *lict.* Bachov. *tr. de act. disput.* 5. *th.* 4. *p.* 167. Nec obesse poterit, quod de crimine repetundarum supra adductum; nam factum Sempronii eo referri non posse expeditum est: formale enim criminis repetundarum in hoc consistit, ut aliquis pecuniam acceperit, quominus quid in administranda justitia faceret, vel non faceret *l.* 3. *et* 4. *ff. ad l. jul. repetund.* Carpz. *in prax. crim. qu.* 93. *n.* 59. quod de Sempronio hactenus nec
10 assertum, nec probatum. Quapropter nulla species delicti remanet, sed ad quasi delictum, *si judex litem suam fecerit*, hoc referendum, quod vulgo crimen syndicatus vocant. Vid. Parid. de Puteo *tr. de syndicat.* D. Grav. *Dissert. de judicio syndicat.* Utut enim Sempronio, quod ex imperitia vel imprudentia taliter processerit, imputari nequeat, cum jurium satis peritus fuerit: attamen nec hoc praecise requiritur, cum in textibus juris verba illa: *licet per imprudentiam*, non restrictive, sed extensive adjecta sint. *l.* 5. §. 4. *ff. de obl. et act. l. ult. ff. de extraord. cognit.* scil. ut judex illa actione teneatur, licet per imprudentiam
11 male in judicando versatus sit. Unde etiam illo casu judex litem suam facere intelligitur, si dolo malo, vel *gratia* quid commiserit, et justitiam male administraverit, *l.* 15. §. 1. *ff. de judic.* qualis gratia hic intercessisse videtur, dum ad Titii preces, amicorumque intercessiones, eumdem sine incarceratione dimi-
12 sit; licet hoc casu, si dolus vel gratia intercesserit, plerique dd. verum delictum subesse statuant dd. *in l. fin. c. de poena judicis male judicantis* Franak. *exercit. justin.* 10. *thes.* 12. Cels. Bargal. *tr. de dolo lib.* 3. *c.* 9. *n.* 11. *et seqq.* Myler. *hyparcholog. c.* 11. §.
13 9. *et* 10. Jam autem non tantum generaliter in legibus cautum, quod successores delinquentium ante litem contestatam defunctorum non teneantur, nisi aliquid ad ipsos pervenerit. *d. l.* 20. *ff. de accus. l. unic. c. ex*
14 *del. defunct. et ibi dd.* sed etiam in specie decisum, quod haeres judicis, qui litem suam fecit, actione aliqua conveniri non possit, et sententiam contrariam non veram, sed a multis notatam esse, contra Julianum asserit Ulpianus. *in l.* 16. *ff. de judic. et ibi dd.* Brunnemann. Petr. Barbosa, Anton Faber etc. Et hac 15
ratione ea, quae contra magistratus haeredes in favorem pupillorum constituta sunt, ad alios casus non extendenda. *arg. l.* 14. *et* 15. *ff. de ll.*

Hinc apparet, quod Sempronii haeredes, actione 16
vivente patre non instituta, hoc casu, ubi nullum commodum ad ipsos pervenit, minime conveniri possint.

RESOLUTIO XII.

De interpretatione privilegii immunitatis contra principem.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3, *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 18.

In praefectura quadam saxonica introductum fuerat, 1
ut in casum mortis aut mutationis tam possessoris, quam domini, certa laudemia ex praediis rusticis ibi sitis solverentur, id vero Henricus praestare recusabat propter privilegium immunitatis praedio suo concessum. Unde quaerebatur: an illud privilegium etiam 2
ad hanc praestationem extendendum veniat, quae nominatim in eo non comprehenditur?

Negativa primo intuitu admodum probabilis vide- 3
batur, hujus enim praestationis nulla, sicut dictum est, in verbis memorati privilegii fiebat mentio, et immunitatis concessio directa tantum erat ad annuas praestationes et onera; quo laudemia referri nequeunt, 4
utpote quae non singulis annis, sed, prout fert casus, obveniente possessorum mutatione exiguntur. Praeterea ejusmodi privilegia immunitatis potius re- 5
stringenda sunt, quam extendenda. Bocer. *de collect. cap.* 8. *n.* 4. *et cap.* 12. *per tot.* consequenter Henricus ad solvendum laudemium compelli debere videtur.

Attamen quia docet inspectio verborum concessi pri- 6
vilegii, generalem esse datam immunitatem: est enim praedium quaestionis liberatum *ab omnibus praestationibus, von allen Gefaellen.* Quae generalitas per sub- 7
sequentem expressionem *der Landsteuern, Hufengelder, Getreidig Zinssen*, non tantum non coarctata, sed denuo per subjectam clausulam generalem: *und andern darauf hafftenden Beschwerungen*, confirmata. Idemque hoc rursus in sequentibus repetitum fuit, per verba: *Dass die nachfolgende Besitzer solches* 8
ohne einige Beschwerde, wie sonst von dergleichen Güter zufordern berechtigt, auch wir und unsere Nachkommen darauff ins künfftige zu legen befugt seyn etc. so wohl ordinair als extraordinair-Gefaelle. Quae repetitio et geminatio verborum universalium in 9
privilegiis multum operatur. Hercul. Marescott. *lib.* 2. *resol. cap.* 85. *n.* 6. Natta *lib.* 1. *cons.* 63. *n.* 15. Indeque ulterius dubitari non potest, immunitatem a 10
laudemiorum praestatione in saepius jam dicto privilegio contineri; verba enim privilegiorum eum effe-

ctu intelligenda sunt. Hercul. Marescott. *lib.* 1. *variar. resol. cap.* 28. *n.* 18. Wesenbech. *p.* 6. *cons.*
11 271. *n.* 128. nec quicquam superfluum in privilegiis
12 reputandum. Oliver. Razzal. *p.* 1. *dec.* 5. *n.* 5. Et extensiva interpretatio tunc habet locum: si ex circumstantiis redditur manifestum, quod princeps privilegium concedens voluerit plenam tribuere immunitatem, latissime enim interpretanda sunt beneficia
13 principum. *per l.* 3. *ff. de constit. princip.* Nec gratia principis coarctanda, *cap. olim.* 16. *x. de verb. sign. cap. quae circa* 22. *x. de privileg.* Tiraquell. *de no-*
14 *bilitate cap.* 37. *n.* 59. In primis quoties nullum tertio exinde nascitur praejudicium, sed solius principis concedentis interesse subest, *l.* 43. *ff. de vulg. et pup. substit. l.* 7. *c. de precib. imp. offerend.* Christineus *vol.* 1. *decis.* 398. *n.* 54. Alphonsus a Villagut. *tr. de*
15 *extens. ll. reg.* 30. *n.* 74. Quapropter communis dd. sententia est, quod verba privilegii generalia contra principem generaliter sint capienda, etiamsi esset privilegium immunitatis. Ferdin. Arias de Mesa *variar. resolut. l.* 2. *c.* 19. *n.* 19. Castrensis *lib.* 1. *consil.* 170. *in ult. dubitat.* Razzal. *p.* 1. *dec.* 11. *n.* 11. Klock. *de contribut. cap.* 16. *sect.* 1. *n.* 77. *et seqq.*
16 Quod in casu praesenti tanto magis est admittendum, quia privilegii verba negative concepta: *sine ullo onere.* Item, *ne ullo modo contra hanc immunitatis concessionem quidquam agatur.* Jam vero privilegii ne-
17 gative concepti verba multo fortius operantur, omniaque, qualiacumque tandem sint, includunt et comprehendunt. Natta *lib.* 1. *con.*. 63. *n.* 14. *et seqq.* Menoch. *consil.* 181. *n.* 78. Kloch. *de contrib. d. l. n.* 113.

18 Quare pronunciandum est, Henricum vi adepti privilegii immunitatis a laudemii praestatione liberum esse, neque eo onerari posse.

RESOLUTIO XIII.

De pecunia ex feudi divisione debita ad successorem allodialem pertinente.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seq.*
Rationes decidendi. n. 8. *seqq.*
Decisio. n. 20.

1 Liber Baro Catullus cum fratre Sigismundo paternam familiam divisit, ubi priori dynastia sprembergica, posteriori Mallmitica contigit. Et cum illa fuerit hac deterior, promittebatur a Sigismundo compensandi gratia summa 68000. thalr.; solvebantur etiam deinceps aliquot millia, sed, mortuo debitore, filius ejus, pariter Sigismundus, plura solvere recusabat, inde processus ortus, qui tandem dirimebatur transactione, ut Catullo, eoque mortuo, filiae ipsius Marianae loco restantium 54000. thal. cederetur ipsum praedium Mallmiticum, et ex diverso Mariana in se reciperet debita Sigismundi feudalia, et adversus creditores jus sibi cessum tueretur. Decedebat postea ipse cedens Sigismundus nullo relicto haerede masculo, adeoque feudum Mallmiticum ad dominum, fiscum scil. regium, recidebat, qui etiam illud non tantum vindicare, sed etiam creditorum feudalium solutionem Marianae vi transactionis relinquere intendebat. Quo 2
ipso nimium gravata Mariana quaerebat: an ipsa, rebus sic stantibus cogenda esset, servare transactionem, quatenus per eam onus sibi impositum, et tamen omne lucrum, ex eadem competens, ademptum, an vero in totum transactione rescissa praetensio 54000. thal. integra adhuc esset?

Gaudet equidem Mallmiticum praedium qualitate 3
feudali, indeque ob defectum successoris feudalis fisco sine dubio delatum est, propter quod ipse feudum omnino sibi vindicare potuit, cum ad alienationem in Marianam, vel ejus maritum factam, non accesserit consensus domini: quem necessarium esse, ne vulgus quidem ignorat 2. *feud.* 52. Deinde ratione credito- 4
rum feudalium nova adest obligatio, qua Mariana se obligavit ad satisfaciendum, a qua obligatione invitis creditoribus resilire non licet, cum, quod ab initio voluntatis, ex postfacto fiat necessitatis *l.* 5. *c. de obl. et act.* Et porro fiscus non minus uti potest adversus Marianam exceptionibus laesionis enormis et aliis, quibus usus erat Sigismundus ultimus vassallus, 5
in cujus jura fiscus successit. *arg. l. haereditas* 62. *ff. de r. j.* Imo summa quaestionis 54000. thal. de- 6
bebatur ex feudali successione; et hinc pro pecunia feudali aestimanda, feudalis vero successionis Mariana capax non est: ubi enim rem petere non possum, ibi nec aestimationem *arg. l.* 49. §. 2. *ff. de leg.* 2. Unde fiscus quidem Mallmiticum feudum ex disposi- 7
tione juris feudalis praetendere, creditores autem contra Marianam propter novationem experiri posse videntur.

Verum quia transactio a Mariana cum Sigismundo 8
inita concernit satisfactionem parentis, sc. Catulli, qui jus haereditarium in praedio Mallmitico persequebatur; indeque debitum illud non personale est, sed ipsum praedium afficit, tali enim casu retinet haeres jus suum haereditarium in re immobili, donec pecunia inde debita foerit soluta. Jacob. Schultes. *in addit. ad Modest. Pistor. p.* 3. *qu.* 124. *n.* 37. Et 9
illa pecunia, quam haeres cohaeredi ex bonis immobilibus titulo familiae herciscundae solvere debet, proprie est pecunia haereditaria, et privilegio praelationis gaudet. Rauchbar. *p.* 1. *q.* 6. *n.* 8. Carpz. *part.* 1. *constit.* 28. *def.* 56. *n.* 4. Fiscus autem per hoc, 10
quod bona sint ad se delata, ab obligatione solvendi debita privilegiata se liberare non potest: cum et fiscus privato succedens ad aeris alieni exsolutionem teneatur, *l.* 16. *in fin. ff. de his quae ut indignis. l.* 11. *ff. de jure fisci.* Barry *de success. lib.* 8. *t.* 8. *s.* 15. *num.* 3. Quod non solum in bonis allodialibus ad 11
fiscum devolutis obtinet, sed et in bonis feudalibus, deficiente successore feudali, debita enim feudo cohaerentia non tantum ab agnato, sed etiam ab ipso domino, si feudum ad eum devolutum, sunt exsolvenda. Hartman. Pistor. *p.* 2. *qu.* 6. *num.* 66. *seqq.* Heig. *lib.* 2. *quaest.* 20. *n.* 45. Ut sic omni dubio 12
careat, quod fiscus debitam summam 54000. thal. Marianae solvere teneatur. Nec obstat, quod pecunia videatur esse feudalis, etenim notissimum est, quod pecunia ex feudo redacta, et in specie illa, quam quis transactionis nomine pro feudo accepit, non sit feudum. 2. *feud.* 26. §. *si vassallus.* Joh. Koeppen. *decis.* 18. Cothman. *vol.* 1. *consil.* 2. *n.* 508. Textus etiam *n.* 6. adductus, quod sicut Mariana ipsum feu 13

dum petere non potest, ita nec aestimationem ejus, loquitur de obligatione adquirenda, non acquisita: licet et de acquirenda dubium moveri queat *ex l.* 40.
14 *ff. de leg.* 1. Hic autem per divisionem jam acquisita erat Mariannae parenti obligatio ad 68000. thal. quam obligationem ad filiam devolutam esse, extra omne dubium positum est, quia secundum dicta pe-
15 cunia haec allodiali jure utitur. Neque pactum adjectum de pecunia in feudum collocanda ejus qualitatem allodialem mutat, et defuncto promissore, antequam pecunia in feudum conversa, illa non successoribus feudalibus, sed haeredibus allodialibus cedit. Rosenthal. *de feud. c. 4. conclus.* 8. *n.* 4. Carpz. *p.*
16 3. *const* 39. *def.* 9. Contractus autem cum creditoribus initus nullam novationem inducere potest: quandoquidem manifesti juris est, quod non ex praesumptionibus, sed expressis verbis de novandi animo
17 constare debeat. *l. fin. c. de novat.* Utut etiam creditores ex constituto adversus Marianam agere posse videantur; tamen haec non obligavit se illis simpliciter, sed intuitu traditi feudi Mallmitici, utpote cui solvendi onus inhaerebat. Cessante vero causa susceptae aeris alieni, cessat ipse effectus. Tiraquell. *tr. ces-*
18 *sante caus.* Et omnis contractus aut conventio, et sic quoque constitutum intelligi debet, rebus in eodem statu manentibus; licet accesserit juramentum. Marta
19 *de claus. p.* 1. *claus.* 143. *n.* 1. *et* 2. Sic et exceptio laesionis in hoc negotio est illiquida, imo in transactione non facile opponi potest. Mevius *p.* 2. *decis.* 245. *n.* 9. Ipse fiscus transactionem non vult agnoscere, aut bona Mallmitica pro suscepto aere alieno Marianae tradere: quo casu, si una pars transactioni stare nolit, aequitatis ratio suadet, ut et altera liberetur, et causa ex integro agatur. *l. si diversa* 14. *c. de trans.* Cardin. Mantica *de tacit. et ambig. convent. lib.* 26. *tit.* 8. *n.* 1.

20 Hinc dicendum, quod, cum fiscus revocaverit bona loco aeris alieni acceptata, Mariana plane non amplius teneatur ex transactione, sed in concursu jus suum plene praetendere possit.

RESOLUTIO XIV.

De transactione super fideicommisso inter haeredem fiduciarium et fideicommissarium.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 7. *seqq.*
Decisio. n. 24.

1 Mevius in testamento judicioli quoad filium suum Titium ita disposuerat, quod quamvis voluntatem paternam in contrahendo matrimonio primo et secundo spreverit, indeque meruerit exclusionem ab haereditate usque ad legitimam: attamen ob spem emendationis eum universi patrimonii haeredem esse velle, sed ita, ut Cajus et Sempronius susciperent bonorum administrationem; et in casum, si filius ejusque descendentes sine haeredibus morientur, per modum fideicommissi substituit Constantium et Cajum. Tentavit autem Titius post obitum parentis impugnare hanc ultimam voluntatem; verum cum sese opponerent Sempronius et Cajus, ipse prolixam litem metuens, inivit cum executoribus testamenti et fideicommissariis haeredibus transactionem, qui accepta certa pecuniae summa juri suo renunciarunt. Deinde varia debita ad haereditatem pertinentia reddebantur a cognatis dubia, quod Titio praebuit occasionem petendi rescissionem initae transactionis. Quaerebatur, 2
an ipse aut ejus haeredes transactionem de jure impugnare possint?

Videbatur primum, transactionem quaestionis de 3
jure subsistere non posse, quia fideicommissorum ea indoles est, ut nulla ratione possint alienari, *per l. ult.* §. 1. *c. de legat. fideicommiss.* Quare imperator 4
in nov. 39. *pr.* Constituit quod fideicommissa, *cum propria ambulare fortuna debeant.* Jam vero Jctis notum est, quod de bonis alienari prohibitis etiam prohibita sit transactio *per l. non solum* 4. *c. de praed. minor.* Fusar. *de fideicom. subsist. q.* 708. *n.* 6. Ex qua etiam causa transactio super fideicommisso pro irrita habetur. Knipschild. *de fideicommiss. famil. nobil. cap.* 11. *n.* 90. Peregrinus *de fideicommiss. art.* 52. *n.* 1. *seqq.* Porro, etsi ponatur, vali- 5
dam esse transactionem, illa nihilominus propter laesionem enormissimam, quam Titius allegat, rescindenda foret: unanimi enim fere consensu est haec sententia in foro recepta, ob laesionem enormissimam rescindi posse transactionem. Carpz. *p.* 2. *const.* 34. *def.* 1. *et* 4. Richter. *p.* 2. *decis.* 99. *num.* 54. *seqq.* Mevius *p.* 4. *decis.* 284. *n.* 2. Denique testamentum 6
Mevii non fuit ante a transigente Titio inspectum, ex quo ipso manifesta nullitas oritur, cum de relictis in testamento, nisi tabulis inspectis, transigere non liceat. *l.* 6. *ff. de transact. l.* 1. §. 1. *ff. de testam. quemadm. aperiantur.* Joh. a Sande *lib.* 4. *tit.* 5. *def.* Trentacinquius *variar. resol. lib.* 3. *tit. de transact. resolut.* 1. *n.* 29.

Verum his non obstantibus transactionem dictam 7
de jure impugnari non posse, puto. Fundamenti loco autem hic supponendum, quod sit transactio facta inter haeredem fiduciarium et fideicommissarios, ut et testamenti executores: quo casu nullibi ista reperitur in jure prohibita. De fideicommisso enim a patre inter te et fratrem tuum (et sic pariter inter agnatos) vicissim datum, si alter vestrum sine liberis excesserit vita, interposita transactio rata est, *per clarum textum in l.* 11. *c. de transact. juncta l.* 1. *et* 16. *c. de pact.* Nam cum testator relinquendo fidei- 8
commissum favorem respexerit fideicommissariorum; non poterunt hi prohiberi, favori suo renunciare, per generalia juris principia, *l. penult. c. de pact.* Idque 9
in specie de renunciationibus fideicommissorum certum est, *per l. servum filii* §. 1. *ff. de legat.* 1. Menoch. *lib.* 3. *praesumpt.* 111. *n.* 1. Fusarius *de substitut. qu.* 587. *n.* 1. Adeo ut etiam primogenitura et majoratui renunciari possit. Knipsch. *de fideicommis. famil. nobil. cap.* 16. *n.* 131. Cui vero juri renunciari 10
potest, super illo etiam transactio valida est, quod de transactione super fideicommisso omnes asserunt, si illi, ad quos fideicommissum pertinet, unanimiter consenserint, *per l. nihil proponi* 120. §. *omnibus* 1. *ff. de legat.* 1. *l. quoties ab omnibus* 11. *c. de fideicommiss.* Mantica *de tacit. et ambig. convent. lib.* 25. *tit.* 20. *n.* 23. Gailius *lib.* 2. *observ.* 139. *n.* 10. Fusarius

de substitut. quaest. 719. *n.* 1. *seqq.* Anton. de Petra
11 *de fideicommiss. qu.* 14. *n.* 9. Sed nec a parte Titii potest impugnari transactio haec, a nemine enim is ad transigendum inductus est, sed potius ipse fideicommissariis haeredibus et executoribus testamenti transactionem obtulit; jam vero transactionis libera voluntate initae tanta est auctoritas, ut rei judicatae aequiparetur, et nec imperatoris auctoritate rescindi
12 possit. *per l.* 16. *et* 20. *c. de transact.* Inprimis, quia Titii causa admodum erat dubia; adversabatur enim ipsi dispositio clara parentis, quae actis insinuata, vim legitimi testamenti, nullo dubitante, habebat. Ut adeo non posset is ullo alio modo quam per transactionem adquirere facultatem administrandi bona
13 sua, nedum libere de iisdem disponendi. Sola vero causae dubietas legitimam transactionis causam inducit, *per l.* 2. *et* 11. *c. de transact.* Et quamquam Titius laesionem enormissimam allegat, tamen vix poterit illam probare; quandoquidem contra testamentum paternum nil quidquam, quod urgeat, habet, nisi quod proprietas legitimae vel potius administratio sit eidem adempta, in qua tamen pater filium gravare nequit *per l. quoniam* 32. *c. de inoff. testam.*
14 Deinde quod etiam respectu maternorum pater filio ademerit administrandi facultatem, cum tamen illa non subjaceant dispositioni paternae; de re enim aliena nemo testari potest. *l. conficiuntur*. §. 3. *ff. de jure codicill.* Mantzius *tr. de testam. valid. tit.* 6. *qu.*
15 12. *n.* 8. Ex his vero duobus gravaminibus non nascitur laesio ultra dimidium. Posito autem, quod ejusmodi laesio doceri queat, tamen in specie provisum est in jure, quod si super fideicommisso transactum, non attendatur laesio, etiamsi ad quadruplum
16 se extendat, *per l.* 78. *ff. ad sctum trebell.* Quod in praesenti casu tanto magis est certum, quia laesio ex futuro eventu incerto dependet, posset enim contingere, Titium ejusque filios intra breve temporis spatium decedere, quo casu fideicommissarii secundum dispositionem paternam omnia bona cum amplissimo lucro haberent, quae jam propter transactionem Titii subjecta sunt dispositioni, quoties vero laesio dependet ex futuro eventu incerto, toties locum non facit rescissioni actus gesti *per l.* 11. *c. de transact. l.* 1. *c. de pact. junct. l.* 17. *c. de usur.* Gilkenius *ad d. l.* 1.
17 *n.* 25. *c. de pact.* Boerius *decis.* 62. *n.* 8 Haecque omnia in transactione super fideicommisso adeo vera sunt, ut haeres fiduciarius, licet adhuc minorennis sit, tamen ex capite laesionis restitutionem petere nequeat. *d. l.* 11. *c. de transact.* Tiraquell. *ad l. si unquam verb. donatione largitus. n.* 128. *c. de revocand. donat.*
18 Brunn. *ad c. de l.* 11. *n.* 4. Ut taceam, opinionem dd. de transactione ob laesionem enormissimam rescindenda in camera imperiali receptam non esse. Gail. 2. *observ.* 70. *n.* 6. *seqq.* Mevius *p.* 4. *decis.* 30. Klock. *vol.* 2. *cons.* 51. *n.* 36. adeoque tanto minus in fideicommissis admittenda, in quibus tam perspicue contrarium in jure statutum, *per d. l.* 78. *ff. ad sct. trebel.*
19 Neque illud Titium juvare potest, quod non praecesserit transactionem inspectio tabularum testamenti. Apparet enim ex ipsa transactione, illum contenta testamenti non ignorasse; jam vero opus non est inspectione testamenti ad transactionem, si alias de voluntate testatoris satis constiterit. Ruin. *vol.* 2. *cons.* 14. *n.* 11. Peregrin. *de fideicommiss. art.* 52 *n.* 22. Mantica *de tacit. et ambig. conv. lib.* 24. *tit.* 2. *n.* 2. *et* 3. Merlin. *dec.* 226. *n.* 3. *et* 4. Mev. *p.* 8. *dec.* 7. Cui 20
accedit quod transactio haec sit mediante juramento, et per verbum aeternae veritatis, *bey dem Wort der ewigen Warheit*, confirmata. Transactio vero jurata sine poena infamiae violari nequit. *l. si quis major.* 41. *c. de transact.* quo ipso juramento et exceptio nondum visi testamenti tollitur. Tiraquell. *ad l. si unquam. c. de revocand. don. n.* 145. *in praefat.* Immo 21
sub eadem juramenti fide renunciatum est in specie exceptioni laesionis longe enormissimae, et per hanc renunciationem non dubium est, quin sublata illa sit exceptio. Tiraquell. *cit. l. in praefat. n.* 127. Paulus Galleratus *de renunciat. tom.* 3. *cent.* 2. *renunc.* 103. *n.* 6. Sed exinde quoque firmitudinem capit transactio, 22
quod Titius post intervallum adhuc semel se declaraverit, se ei satisfacturum esse, ex qua geminatione firmum animi propositum colligitur: Klock. *vol.* 3. *cons.* 149. *n.* 216. Mevius *cons.* 103. *n.* 24. Tandem de eo 23
dubitari non potest, quod quae transactio transigentem obligat, etiam ejus haeredes stringat; haeredes enim factum defuncti praestare tenentur, *per l. cum a matre* 14. *c. de rei vindicat.* quod etiam in haeredibus transigentibus super fideicommisso obtinet. Menoch. *cons.* 89. Fachinaeus *lib.* 5. *controv.* 19. Fusarius *de substitut. qu.* 557. *n.* 1. *seqq.* Peregrin. *de fideicom. art.* 33. *n.* 1. *seqq.* Ex his itaque omnibus tantum ap- 24
paret, quod neque Titius, neque haeredes ejus transactionem hanc infirmare queant.

RESOLUTIO XV.

Schedula a patre relicta non derogat testamento antea legitime confecto.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3.
Rationes decidendi. n. 4. *et seqq.*
Decisio. n. 12.

Theophilus, mercator londoniensis variis in locis per 1
filios mercaturam exercens, inter caeteros etiam Ludovicum tabernae, quam Leydae habuit, praefecit, eumque hortatus est, ne otiosam sineret pecuniam, sed eam probatae fidei hominibus sub usuris crederet. Factum erat hoc a filio usque ad annum 1689. cum commodo non spernendo. Et quidem saepius praefatus Ludovicus Philippo credidit 1000. 2000. et amplius thal. quae pecunia semper illi statuto tempore debito modo restituta. Tandem *anno* 1690. *mense junii.* mutuo data sunt huic Philippo 4000. thal. post menses tres restituenda, et ulterius 3000. thal. sed non multo post Philippus facultatibus lapsus cessit bonis, moto creditorum concursu. Theophilus quidem hoc audiens succensebat filio, sed tamen suo nomine adversus Philippum agebat, nec adimebat filio mercaturae administrationem. Mox anno subsequente Theophilus decessit, confecta antea dispositione inter liberos, in qua Ludovicum, non minus ac alios liberos, instituerat haeredem. Verum cum inventarium conscriberetur, reperta est schedula, qua pater defunctus Ludovico injungebat, ut is ob incautam suam negotiationem solus sentiret damnum ex sua mutui datione obveniens. Quae- 2
rebatur itaque, an tanta esset vis hujus schedulae, ut

per eam obligaretur Ludovicus ad reliquos haeredes hujus mutui nomine indemnes servandos?

3 Utut vero parens secundum jura notissima possit pro lubitu suo inter liberos disponere, adeo, ut, si modo eis servetur legitima, sine ulla causa inaequaliter bona inter hos distribuere parenti liberum sit. Vultej. *consil. marpurg. vol.* 1. *consil.* 29. *n.* 39. Carpz. *p.* 3. *const.* 4. *def.* 21. *n.* 7.

4 Quia tamen Theophilus in sua dispositione ejusmodi inaequalitatem non intendit, sed potius ex aequis partibus liberos suos haeredes scripsit, postea reperta schedula vero neque testamenti neque distributionis bonorum inter liberos speciem prae se fert, extra quos duos casus nulla valida est inter liberos paterna dispositio, per *nov.* 107. *cap.* 1. *et l. fin. cap. famil.*

5 *hercisc.* Deinde vero, licet pater inter liberos sine testibus disponere queat, nihilominus semel legitime concepta voluntas ultima sine testibus mutari nequit.

6 *per d. nov.* 107. *cap.* 2. *auth. Hoc inter c. de testam.* adeo, ut opus sit expressa declaratione, se nolle, ut dispositio inter liberos condita valeat. Sichardus *ad d.*

7 *auth. Hoc inter. n.* 3. Richt. *decis.* 49. *n.* 24. Habet enim dispositio inter liberos clausulam derogatoriam.

8 Reusner. *de testam. vol.* 2. *p.* 4. *c.* 9. Mantica *de conjecturis ult. volunt. lib.* 6. *t.* 2. *n.* 27. sed in schedula reperta ne verbo quidem mentio fit, quod dispositioni priori per eam derogatum voluerit testator. Tantum illud innuitur, quod periculum pecuniae creditae ad solum Ludovicum pertinere debeat, ubi vero notum est, quod moriens sua confessione, etiamsi jurata sit, alterum non possit debitorem suum constituere, *per nov.* 48. *cap.* 1. Quod in casu praesenti tanto minus 9 habet dubii, quia semel Theophilus factum approbavit, actionem adversus Philippum instituendo, ac proinde illud denuo improbare in praejudicium filii non potest. *l.* 13. *in fine ff. ad l. jul. de adult.* Immo posito, 10 quod improbare voluisset, nihilominus certum erat, eum mandasse filio, ut pecuniam crederet viris fidem servantibus, pro quali habitus fuerat ab unoquoque Philippus, in jure autem non infrequens est, existimationem et veritatem quoad effectum juris esse eadem. *l. Barbarius.* 3. *ff. de offic. praet.* §. 7. *inst. de testam.* Non enim potest hoc modo Ludovico quid- 11 quam imputari, inprimis quia ultima 3000. thal. in moneta devalvata consistebant, ubi ob rigorosam inquisitionem et immineus periculum Ludovicus commodiorem occasionem liberandi se illa pecunia expectare non poterat.

Ex quibus omnibus abunde patet, schedulam supra- 12 dictam Ludovico soli onus ferendi periculum creditae pecuniae imponere non posse.

FINIS.

DISPUTATIO VIGESIMA PRIMA

DE INCERTA AMBIGUORUM DECISIONE,

D. AUGUSTI ANNO MDCCVI.

PRO LICENTIA

JOH. SAMUEL HENTZSCHEL, ADVOCAT. ZITTAVIENS.

QUOD DEUS BENE VERTAT.

SUMMARIA

Advocati circa ambigua versantur. §. 1.
Et judices in ambiguis decidendis haerent. Probatur exemplo Jctorum veterum. §. 2.
Hodie facilior adhuc dissentiendi occasio est. §. 3.
Ambiguitatis causa non tam in jure, quam facto quaerenda. §. 4.
In facto claro decisio certa esse potest. §. 5.
Dubia contrahentium et testantium verba, dubium reddunt judicem. §. 6.
Recursus ad benigniorem sententiam non semper patet §. 7.
Variant etiam circa aequiorem sententiam. §. 8.
LL. obstantes dubia pariunt, non obstante conciliatione. §. 9.
Vera legislatoris mens incerta est. §. 10.
In facto etiam incertitudo remanet, si non adsit, qui verba protulit. §. 11.
Si adsit, explicatio quandoque per juramentum exigenda. ibid.
De casu donationis dubio. §. 12.
Ostenditur fundamentum dubitationis in casu praecedenti. §. 13.
Responsa diversorum Jctorum hic non sufficiunt. §. 14.
Probatur hoc respons. Francofurt. §. 15.
Et responso scabin. lips. contrario. §. 16.
Respons. Jctorum Jenensium. §. 17.

Declaratur alio casu de testamento contra pactum conditio. §. 19.
Contrarium responsum pro testamento. §. 20.
Testamentum contra pactum valet quoad haeredes in sententia contraria. §. 21.
Oscuritas quandoque ex circumstantiis declaratur. §. 23.
De stipendio proximioribus legato. §. 24.
De casu dubiae possessionis inter maritum et uxorem. §. 25.
Contraria ejusdem casus decisio. §. 26.
Maritus et uxor quomodo possideant? §. 27.
Casus de frumento, an ad fundum instructum pertineat? §. 28.
De dissensionibus hodiernorum Jctorum. §. 30.
Quid consilii in casibus dubiis? §. 31.
In dubio sequenda sententia, quae benignior. Quae mitior. Quae favet uctori. Quae favet reo. §. 32.
De causa favorabili. §. 33.
In dubio possessoris ratio habenda §. 34.
Verisimile sequendum judici. Sed quid verisimile, dubium est? §. 35.
Quid tandem hic judici faciendum? §. 36.
Quid advocato christiano? §. 37.
Conclusio. §. 38.

§. 1. Inter praecipua advocatorum encomia, quibus ornati sunt ab impp. *in l.* 14. *c. de adv. divers. jud.* recensetur, quod *ambigua causarum fata dirimant*, et ita suae defensionis viribus in rebus saepe publicis ac privatis lapsa erigant, et fatigata reparent. Verum omnino optandum foret, ut advocatorum opera ambiguitates causarum non magis involvantur, quam dirimantur. Unusquisque enim, qui causis in foro perorandis animum applicuit, et certi clientis patrocinium suscepit, omnibus eo annixi solet viribus, ut victoriam pro cliente reportet, et eapropter, si palmam ab adversario sibi dubiam reddi viderit, gratulatur potius sibi, si vel factum vel jus certum ambiguum reddere valeat, ne in causa, quam malam saepius animadvertit, facile succumbat. Ut taceam, ipsam causarum ambiguitatem perspicua facti narratione clariorem judici facere, hoc saepius in advocati potestate situm esse; sed dirimere penitus ambiguitatem, contradicente adversario, hoc soli judici relictum est; cui consilium hoc suppeditat Ulpianus *in l.* 79. §. 1. *ff. de judic.* ut si dubium occurrat Praesidibus, sententiam proferant, *prout religio suggerit.*

§. 2. Verum et ipsis judicibus in causis ambiguis saepius aqua haeret, ut, quorsum se in decidenda ambiguitate convertant, aliquando non videant; quod non semper illorum imperitiae adscribendum, sed qualitati controversiae in judicium deductae. Utut enim jus semper certum sit, facto tamen ob diversas negotiorum circumstantias saepius sunt incerta, adeo, ut facti quaestiones aliquando *etiam judices prudentissimos fallant. l.* 2. *ff. de jur. et fact. ignor.* Unde ipsi Jctorum patres, quorum nomina in ff relata, super jure et facto consulti, saepius responderunt, sibi non liquere, de quo vid. *l.* 7. §. *ult. ff. de super leg. lect. l.* 36. *ff. de re judic.* Unde et arbitri aliquando jurare tenebantur, sibi de causa nondum liquere. *l.* 13. §. *ult. ff. de recept. arbitr.* quae de re pluribus vid. Barnab. Brisson. *tr. de form. pop. rom. lib.* 5. Equidem judici etiam circa factum multum permisisse videntur jura, quando *in l.* 15. *pr. ff. ad municip.* ita loquitur Jctus: *facti quidem quaestio est in potestate judicantium, juris autem auctoritas non est.* Verum hoc ita capiendum est, ut circa factum liberam cognoscendi potestatem habeat, juris vero arbitrium ipsi relictum non sit; cum juris minister existat.

§. 3. Quid ergo mirum, quod hodie Jcti vel singuli, vel integra etiam collegia sibi adeo contradicant, et in eadem causa penitus diversum sentiant, cum hi ipsi duplici ambiguitate involventur, partim juris peregrini, dum ipsis romani juris sensus non aeque liquet, quam quidem Jctis priscis, quorum fragmenta in ff. conspicua sunt: partim vero facti, quod quandoque ita obscurum est, tam in contractibus, quam ultimis voluntatibus, ut genuinum negotii sensum elicere difficillimum sit. Quorsum pertinet locus in *c. habuisse. 7. dist.* 33. quod in rebus ambiguis non sit absolutum judicium; per consequentiam ergo ob hominum ad dissentiendum facilitatem non eadem expectari potest sententia.

§. 4. Causa itaque, cur de eadem re vel de eodem facto diversae saepius ferantur sententiae, vel concipiantur responsa, non ex defectu juris et justitiae, sed ex ambiguitate facti ejusque incertitudine repetenda, quae non admittit constans judicium, sed haesitare saepius facit judices; quibus quidem in foris Germaniae promptum remedium est, quo se liberent a decisione intricati facti, dubiaque juris applicatione, transmittendo scilicet acta ad collegium Jctorum: verum et haec iisdem difficultatibus involventur, ut saepius in diversa abeant, et decisa ab altero collegiorum prolata reformet.

§. 5. Equidem si factum, de quo controvertitur, clarum atque certum, ut dubium supersit nullum, an v. g. donatio mortis causa, vel inter vivos, item, an conditio suspensiva, an resolutiva contrahentibus placuerit; facilis est juriom applicatio, et semper constans certumque potest esse Jcti judicium. At si verbis dubiis obscuris et ambiguis aliquid peractum, hoc facile in diversas opiniones trahere potest judicantes. Sic enim plane non constat, quis paciscentium sive disponentium fuerit animus, nisi alia concurrant adminicula ex iis, quae circumstant, unde tutum decidendi fundamentum elici possit, quod in hominum, praesertim illiteratorum, negotiis forensibus quam saepissime accidit: eo quidem in casu Jctum haerere, nemo ipsi vitio vertet, cum nulla facti certitudine, nullaque judici constantia rem ambiguam et in facto dubiam componere possit, hinc necesse est, ut tantum arbitretur, vel opinetur, quid sibi justum, injustumque videatur.

§. 6. Ex dubiis enim verbis, indubitatum sensum animum et voluntatem loquentis divinare, non humanae, sed divinae prudentiae est. Nam in ambiguo sermone multiplex est interpretatio. Qui enim ambigue loquitur, non ad omnes eas interpretationes simul se refert, sed ad unam tantum, nimirum quam vult. Hinc id demum dixisse videri debemus, quod ipsi dicere voluimus. Itaque evenit, ut in *l.* 3. *ff. de reb. dub.* dicitur. qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur. Obstat igitur Jcto, et impedit firmum immobileque judicium ipsa impossibilitas. Equidem de jure quaesitus postulat respondendi officium secundum facti veram certitudinem judicare, sed haec, remotis aliis circumstantiis, in dubio verborum sensu

inquiri exacte haud potest. Ut utut consulenti ex praeconcepta opinione factum haud videatur obscurum: contradictio tamen adversari, et aliarum circumstantiarum ab hoc facta surrogatio judicem saepius in aliam sententiam pertrahit, quo in casu jura nostra judici commendant benignitatem et credulitatem, teste Marcello. Jcto *in l. 24. ff. de reb. dub.* ubi sequentia habet: *cum in testamento ambigue, aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari, et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est.*

§. 7. At vero et casus dari possunt, ubi nec hic recursus ad benignitatem sufficit. Ita cum duo sunt ejusdem nominis Titii, testator vero Titium, alterum, ex his, tutorem constituat, quis dijudicare poterit, quem horum defunctus in tutelam voluerit? hoc casu ita respondit Jct. Paulus *l. 30. de testament. tutel.* Duo sunt Titii, pater et filius, datus est tutor Titius, nec apparet, de quo sentit testator. Quaero, quid sit, juris? Respondit: is datus est, quem testator se dare sensit. *Si id non apparet, non jus deficit, sed probatio. Igitur neuter est tutor.* Incertitudo itaque voluntatis impedit sententiam, ne forte is obruatur tutela, quem noluit, vel absolvatur is, quem voluit testator. Certum est, alterum ex his tutorem esse, sed in dubio praestat, utrumque absolvere, quam onus illi, de quo non sensit testator, imponere.

§. 8. Cum igitur in his ambiguitatibus tota decisio ex nullo facto certo repetenda, sed ex arbitrio verosimili conjecturanda per *d. l. 24. ff. de reb. dub.* Insuper alius aliter credit, sentit, et contrariam vel diversam opinionem magis vel aequiorem, vel convenientiorem esse putat inevitabili sequitur fato, diversos Jctos, de eodem facto ambiguo quaesitos, diversimode et nunquam constanter unanimi harmonia pronunciare. Exemplum habemus antiquum in *l. 15. ff. de tritic. fin. etc.* ubi quis vinum cum vasis legavit, quaerunter Jcti Trebatius et Proculus, an his verbis etiam vinum, quod in doliis sit, legatario debeatur. Incerta est eorum sententia, cum alter affirmet, alter neget.

§. 9. In nostro juris corpore ll. obstantes esse, quis negat? Quarum in conciliatione et interpretatione multi multum studii impenderunt. Antinomias dari, nolumus contra voluntatem imperatoris in *l. 2. §. 15. c. de j. u. e.* affirmare. Potius omnes contradictiones, etiamsi in adjecto sint, subtili rationis diversitate combinandae, et ad concordiam redigendae, sicut a multis tentatum. Sed et hinc variae dissensiones circa eumdem textum enatae, sicut quadamtenus videri poterit ex Nicolai de Passeribus a Janua *conciliatione cunctarum legum*, et Johannis Mercerii *conciliatore seu arte conciliandi jura inter se contraria.* Verum quicquid hi, aliique operae impenderint, hoc omne evincit, dubium remanere variorum textuum interpretationem. Quis enim mentem Jcti in cineres redacti penetrabit, quam, dum leges nobis obscuras scripsit, habuerit. Hinc non illepide Fulgosius indignabatur in Paulum Jctum, cujus legem ejusque sensum difficulter admodum, vel plane non assequi poterat, inquiens: si haberem illum maledictum Paulum, vellem obtorto collo ad legis et suae mentis explicationem attrahere. Famosa est *l. lecta 40. ff. de reb. cred.* de qua communis gloria est quod quidem sit lecta, sed nunquam intellecta.

§. 10. Innumerabiles itaque dd. dissensiones, ex variis ll. interpretationibus ortas esse, non inepte statuitur. Et solida dissertatione a beato dn. Hebero Wittenbergae superioribus annis habita, comprobatam habemus sententiam: *in ambiguarum ll. interpretatione criterium veritatis non dari.* ubi occasione *l. si unquam. 8. c. de revoc. donat.* dilucide ostendit quam facile quivis non sine ratione, vel in hanc, vel in aliam l. sententiam prolabatur. Neutram opinionem esse falsam, utramque probabilem, quae vero recta, et cum Jcti mente conformis sit, ultra hominis captum esse videatur.

§. 11. Accidit in ipsis rerum argumentis frequens disquisitio circa verum et certum ambiguae locutionis sensum; sed ut plurimum tunc demum, cum optimus verborum suorum interpres in vivis esse desiit, illum intelligimus, a quo ambigua verba scripta sunt, vel nuncupata. Difficillimae et periculis plenae sunt ejusmodi lites, et prae aliis infelicem, ancipitem et dubium patiuntur eventum. Facilior est medela, cum, qui actui interfuit, vel ipse verba scripsit, adhuc vivit, cum jurejurando, alioque modo, ambiguitas plenarie possit tolli. Ita vidua juramento haereditatis corroborans specificationem, in qua certa mobilia, annexis qualitatibus, quod a defuncto donata, vel ex propriis acquisita, item illata sint, notaverat; adversa parte urgente, has adjectas mobilium qualitates aliunde probandas, nec sub praestito juramento contineri; sed cum haec perpetuo instaret, animum in actu jurandi fuisse, non solum quantum, sed et quale rerum haereditariarum confirmare: ab inclyta facultate halleus. *mens. april.* 1705. pronunciabatur recto judicio:

Würde auch in übrigen Bekl. wegen der ihren Vorgeben nach, von A W. ihr theils geschenckten, theils selbst erworbenen Stücken, den fol. 95. abgestatteten Eyd dahin gerichtlich erklaeren, dass sie dadurch besagtes ihr Vorgeben gleichfalls eydlich bestaercket habe, immassen ihr zu thun obliget. So werden sodann die angegebenen Stücke von der Erbschafft abgesondert, und derselben als ihr Eigenthum überlassen.

§. 12. Alium in praxi casum adhuc habui, de ambiguitate verborum disputandi. Uxor *M. L.* donat marito omnia bona reciproce, sub conditione:

Dafern ich vor meinem lieben Ehemanne mit Tode abgehen möchte.

Annectit pactum de donatione nunquam revocanda, imo in continenti coram magistratu bona immobilia tradit, adjectis in donationis instrumento his verbis:

Will auch alsobald vor E. E. Rath meinem bemeldten Ehemanne mein gemeldtes Wohnhaus und gedachten Gasthof aufgeben, und verreichen lassen, dass er so fort mit selbigen Grund-Stücken, und meinem gantzen Vermögen, als seinem proper Gute seinem Gefallen nach gebahren möge.

Elapso post donationem hanc triennio, maritus diversorium, quod inter uxoris immobilia praecipuum, permutando pro praedio rustico, alienat. Uxor contradicit et protestatur instituto processu possessorio; quo finito, lis in petitorio adhuc durat. Tota controversia est in explicatione verborum, eorumdemque vero intellectu Uxor quidem affirmat donationem in maritum factam, at sub conditione suspensiva, si supervixerit, per expressa in donatione jam jam recitata verba; *dafern ich vor meinen Ehemann etc. etc.* qua pendente, maritus neuti-

quam fundum alienare tanquam suum potuisset. Pars contraria *G. N. U.* negat conditionem adesse, et puram asserit donationem, propter allegata donationis verba: *will auch alsobald etc.* usque *gebahren möge.*

§. 13. Gravis itaque subest ambiguitas. Utraque pars ad ipsissima instrumenti verba provocat, suamque opinionem, si quamlibet separatim species, satis confirmat. Interim instituta collatione utriusque periodi, emergit insanabilis ferme incertitudo. Priora verba sine dubio significant mentem donatricis conditionalem, *so fern ich vor meinen Ehemann sterben möchte.* Interim ergo, usque dum hic casus evenerit, videtur mansisse rerum suarum domina. Posteriora verba videntur continere ablicationem dominii eo ipso momento factam, et in maritum translatam. Quomodo vero convenient queso, uxor adhuc est diversorii domina, et tamen transtulit dominium in maritum. Per naturam et jura impossibile est duo contraria, in quorum numero est, reservasse et abdicasse dominium rei, vel, quod idem, uxor est rei domina et etiam non est, inter se consistere posse. Aut enim maritus est ex donatione dominus, et uxor desiit esse: aut uxor mansit domina, et maritus nondum acquisivit dominium. Non quaerendum hic est, quid juris? sed quid facti? uti in *l.* 20. §. *ult. ff. de instr. vel instr.* dicitur. Quis scilicet fuerit domini animus, an retinere dominium, an abdicare maluerit. Quod si dixeris uxorem adhuc in vivis esse cum marito, et hinc ipsam verborum suorum optimam esse interpretem; verum respondeo, hoc in actu solitario quidem procedere, sed non, ubi alterius contrahentis vertitur praejudicium, et ipsi contrahentes sibi quoad sensum contradicunt *arg. l.* 8. *pr. ff. de acceptil.* Cardinalis Mantic. *de tacitis et amb. conv. lib.* 2. *cap.* 1. *n.* 16.

§. 14. Non negamus Jctum, etiam in causa desperata dubia, et nonnisi ambiguitatibus scatente, suum judicium, quid sibi videatur, ferre posse. Nec quaestio haec nostra est. Sed quoniam quilibet litigans suum habet adversarium incredulum, qui ad unius judicis sententiam rarissime acquiesceat, ideo incertum est iterum, num alius Jctus aeque doctus constantem, eamdemque cum priori de eadem ambiguitate verborum opinionem confirmaturus, an vero in aliam diversam, nec non contrariam opinionem abiturus sit? Quid igitur in hac causa intricata faciendum? E re credidimus fore, si consilia a pluribus Jctorum collegiis, cum res litigiosa magni haberetur pretii, quam primum peterentur. Quod cum factum, experti sumus, singulis quidem collegiis non defecisse rationes, omnibus tamen abfuisse constantiam, nec in unam eamdemque opinionem convenisse, sed alios pro uxore, alios pro marito judicasse. Adeoque principium hujus disputationis probatum esse cognovimus, negotii ambigui certam decisionem vix dari posse.

XV. Recensebimus ea responsa, quae propter ambigua superius relatae donationis verba ab utraque litigantium parte impetrata: ordiamur autem a marito in cujus solatium celeberrima facultas francofurt. m. jul. 1701. respondit, uxorem dominium amisisse, maritum vero acquisivisse.

Was die dritte Frage betrifft: Dass diese Schenckung wegen Mangel derer Zeugen als eine donatio mortis causa gar nicht, sondern bloss als eine donatio inter vivos gelten konne, auch dafur, gestalten sie auch also ausdrücklich genennet wird, zu halten sey?

Ob nun schon eine conditio: si supervixerit, angehenget ist: weil aber doch die Fraudas Wirthshaus ihrem Ehemann würcklich und gerichtlich geliefert, und dass er damit als mit seinem proper Guthe nach Gefallen so fort gebahren moege, verstattet, welchen falls er keine donatio conditionalis, sondern donatio pura cum conditione resolutiva ist, wodurc nicht die Schenckung sub conditione, wenn der Ehemann überleben würde, geschlossen, sondern pure geschlossen, und sub conditione, wenn die Ehefrau überleben würde, resolviret, und cassiret wird, mithin indessen, und biss auff solchen Fall, der Mann ex pura donatione der wahre Eigenthümer gewesen, und nach dem Innhalt der Disposition, damit als seinen Proper Gut gebahren, mithin auch werkauffen können. L. 2. §. 1. L. 3. ff. de in diem. add. L. 1. et pass. ff. de Leg. comm. In übrigen auch, weiles donatio reciproca ist, dieselbe in so weit, auch inter conjuges, bestehen könne. L. 7. §. 2. ff. de donat. inter vir. et ux. Dass demnach dieses eine gültige donatio inter vivos des Wirthshauses sey, aber dafern der Mann vor der Frau sterben solte, retro resolviret und von Unkraefften seynwurde.

XVI. At plane contraria placuit sententia dn. scabinis lipsiens. qui *m. octobr.* 1709. ita responderunt.

Ob nun wohl zwischen euch und euren ietzigen Ehemanne eine donatio reciproca inter vivos vorgangen, nach welcher demselben so wohl euer Wohnhaus, als eben dieser Gasthof, nebst allen euren anderweit habenden Vermögen, wie auch Kirchen Staende, auff diese masse übergeben und zugeignet, dass er so fort mit solchen Grundstuken und euren gantzen Vermögen, als seinem proper Gute gebahren möchte; Gestalt den auch es scheinet, dass ihrebeyde Haeuser, demselben gerichtlich in Lehn reichen lassen, beywelcher Bewandnüss denn, dass er der Ehemann die Haeusernach Gutbefinden zu veralieniren befugt gewesen, und noch sey, davor gehalten werden könte.

Dieweil aber dennoch solche donation und Uebergabe lediglich auff den Fall, wann ihr, vor dem Ehemann mit Tode abgehen soltet, ausgestellet, auch dahero ehe und bevor sich dieses zutraeget, selbige zur völligen Wurchlichkeit nichtgedeyen kan, sonderndie eingeraeumte Gervalt mit denen Haeusern und übrigen Vermögen, nach Gefallen zu gebahren biss sich die Condition würcklich begiebet, in suspenso bleibet; hiernechst ihr die Possess in den Gastkofe jederzeit, und bis G. N. U. sich selbiger de facto bemaechtiget, ungehindert exerciret, und einen gewissen Pachter darinne gehabt.

So habt ihr auch also eigenmaechtig daraus nicht gesetzt werden mogen und seyd diesem nach auff die erhobene Klage, darein billig zu restituiren; und wenn auch U. hierauff eine Petitorien-Klage anstellen wolte, waere er um der allbereit angefuhrten Ursache willen abzuweisen. V. R. W.

XVII. Videmus itaque in utramque partem pro et contra uxorem judicasse Jctos, quod utique ex dubio ambiguorum verborum sensu provenisse certum est.

Dn. Jcti Jenenses concordant cum scabinatu lipsiensi et aliores quaesiverunt rationes, quibus evincere conati sunt, adesse in memorata saepius donatione conditionem non resolutivam, sed suspensivam. Ita sunt eorum verba:

Dierweil eine jedweede Convention nicht sobloss von denen Worten, sondern nach der Intention derer Contrahenten zu nehmen, auch zuforderst auff den Zweck des Statuti, wenn die Contrahenten ihr negotium darauff gründen, zu sehen seyn will, und uber dieses kein ander Absehen suhret als weil de jure communi kein Ehegatte dem andern etwas mit Bestande unwiederrufflich schencken kan, ohne dass auff gewisse masse inter conjuges die donationes remuneratoriae, so auch reciprocae, ihre Cultigkeit erlangen moegen, da hingegen zu Zittau es zugelassen seyn solle, dass eines dem andern seingantzes Vormoegen unwiderrufflich schencken und zu eignen koenne; welcher Zweck aber dadurch erhalten wird, wenn die Schenckung sub conditione suspensiva, doch dergestalt geschiehet, dass auff den Fall der Eigenthum derer rerum donatarum ohne fernere Tradition des andern seyn solle, obgleich die condition nicht quoad omnes effectus retrotrahiret wird, als wodurch das jenige, was der donatarius immittelst in re donata, wie diess falls maritus, in bonis uxoris a tempore donationis vorgenommen, (gesetzt auch, dass derselbe das Weib überlebte) nicht ratificiret oder, convalidirt seyn wurde, angesehen dieses die Intention des Statuti nicht kan gewesen seyn, weil solcher Gestalt ob incertitudinem mortis, in utro donantium illa prius eventura sit, der eine Theil so vielleicht den andern nicht uberleben koente, durch die ihme angenommmene freye Disposition dem andern viel Verdruss, wenn er eher verstürbe, dem überlebenden in rebus ipsius viel Schaden und Verlust würde zuziehen koennen; also dass auch die Condition auff eine Resolution, gleich als ob der eine Theil das dominium alsofort wahrhafftig und ad effectus veri dominii erlanget haben solle, nicht zu deuten, sondern genug ist, dass ein und ander Theil nur auff des andern Todes-Fall sich dessen Guter Eigenthums versichert halten, und nur der donans mit den Seinigen alsofort a tempore donationis zum Praejuditz des donatarii zu disponiren weiter nicht bemaechtiget, nicht aber, dass er mit des andern Theils Gütern ante eventum donationis wolte gebahren koennen, wie diss falls der maritus sich unterstanden hat: Indem es genug, dass der effect der Schenckung des Weibes sich darinne ereignet, wenn dieselbe dergestalt das Ihrige, wie diessfalls ihren Gasthoff demme Manne alsofort geeignet, dass sie ihres Orthes davon in praejudicium des Mannes nicht wolte zu disponiren haben; In ubrigen aber gleichwohl, quoniam in suspenso est conditio, beyderseits die Güther in statu quo bleiben müssen, ut salva ubimle maneant omnia, si quando in uno vel altero conditio mortis aliquando prius exiiterit, Inmassen auch in obligatione conditionali ein anders nicht erfolget, als dass pendente conditione der Creditor die spem habe, und ihm darinne der debitor nichts verrücken koenne, obwohl diss falls, da die conditio mortis certo eventurae obhanden, darinne ein Unterscheid, dass das gantze negotium, indem die quaestio an gewiss, nicht hinfallen koenne, wobey jedoch zum wenigsten die quaestio quando ungewiss, und ob der Mann oder das Weib zu erst sterben werde, qua ratione omnia utrinque salva et integra ad conditionem extituram servanda sunt.

So hat demnach der maritus dem Weibe pendente conditione den Gasthof, an dem sie nur in soweit sich des Eigenthums verziehen zu haben geachtet wird, dass dieselbe dem Manne zum Nachtheil daruber als Eigenthümer in nicht ferner disponiren wolle, nicht aber dass er davon solle noch zur Zeit seines Orthes zu disponiren haben (cum et dominus plane esse possit, qui rem alienare non potest, ceu de ratione formali dominii, non est disponendi facultas, quippe quae solum ad effectus dominii pertinet, qui tamen varie aut legibus aut voluntate hominum impediri aut restringi possunt) *nichs veraeusern, u. also nicht vertauschen koennen, sondern es ist das Weib sich in den Besitz zu erhalten wohl befugt gewesen, mag auch, wenn das Weib schon kunfftig vor ihme versterben moechte, dennoch solche das mariti alienation, welche ein lebhafftes freyes und voelliges dominium erfordert, retro nicht convalidiret werden.*

XVIII. Haec sunt ratiocinia, quibus ambiguae donationum clausulae explicentur, quibusve in mentem certam et veram donantium penetrare tentaverunt. Ex iusta allegandis vero patebit responsis, et inclytam facultatem jurid. Wittenbergensem cum Lipsiensibus et Jenensibus in eo convenire, quod adsit conditio suspensiva. Quicquid vero sit, forte alia praeter Francofurt. adduci possent responsa collegiorum, quae contra sentiunt, et resolutivam subesse conditionem putant, adeoque marito facultatem alienandi neutiquam esse denegandum, audacter asserunt. Nos interim amplectimur ea, quae pro uxore faciunt, spe freti, fore, ut favorabilem in ambiguitate reportemus sententiam. Hac vice sufficiat illud demonstrasse, nullam in ambiguorum verborum interpretatione dari constantiam, stabilemque judicium, semperque animos judicantium vel in hanc vel in contrariam flectere sententiam, prout cuilibet justum aequumve visum fuerit. Imo credimus lectores nostri thematis non omnes idem judicaturos, sed quosdam pro uxore, quosdam pro marito jus dicturos,

XIX. Similis casus est sequens. Avus *A. W.* cum nepotibus suis ex filia, haereditatem dividit, fundumque certo pretio sibi assignari fecit, adjecta per indimoderatorem pagi clausula:

Und nachdem dem Vater A. W. der Garthen um einen billichen Preiss gelassen, als hat derselbe durch Zuredung seines Eidams und Vormunden, denen beyden Enckeln a.s Grossvaeterl. Liebe nach dessen Tode denenselben wiederum zu eignen wollen, eben um den Preiswie er ihn erhalten, dafern er ihn nicht aus Noth bey Lebens Zeiten et wan selber verstossen oder verkauffen muste, und danach Gottes Willen er sich wiederum verheyrathen moechte, ihm niemand binnen der Zeit kraencken oder einige Anforderung daran haben soller biss nach dessen Tode.

Avus ad secunda progressus vota, morti vicinus con-

didit testamentum, in quo secundae uxori fundum legat contra memoratam clausulam. Lis oritur exinde ad hunc usque diem continuata, et controvertitur quaestio: an avus, non obstante hac clausula divisioni haereditariae annexa, potuerit in testamento fundum nepotibus promissum revocare. Disputantur a litigantibus verba, an in se contineant pactum, an ultimae voluntatis speciem; nec quaesiti, quod mirum, ejusdem collegii dd. constantia miserunt responsa. Dni. scabini lips. *m. mart.* 1704. ab advocato nepotum consulti primo validam verborum vim, et pactum inesse, quod avum a testamento coerceret, arbitrati sunt.

Ob wohl die angezogenen Vergleich beschehene Zueignung des Gartens, auff W. Todesfall gerichtet also dass solche Erklaerung vor einen letzten Willen zu achten, folglich er davon abweichen und ein anders disponiren koennen, es das Ansehen gewinnet: Uber disse dem Vergleiche einige Bedingung angehaenget, und absonderlich die Alienations Freyheit, bey seinem Leben W. sich vorbehalten, im übrigen er der Gewalt zu testiren sich nicht begeben, und dass die Enckel durch dessen Testament in legitima graviret, nicht zu befinden.

Dieweil aber dennoch das Versprechen der Zueignung des Garthens in einem Vergleiche geschehen, also pro actu inter vivos zu achten und seine Verbindligkeit sofort erlanget, obleich die Executio auff des W. Todesfall ausgestellet, folglich er durch ein Testament solchen Garten seinen Enckeln nicht ent ziehen koennen; der im Vergleich reservirte Fall auch sich nicht ereignet etc. N. M. I. der Beyl.

So hat A. W. den Garten in seinem Testamente seinem Eheweibe nicht zu wenden koennen. etc. V. R. W.

XX. Sed postea a parte viduae, quam tenor impetrati responsi latebat, iidem domini scabini denuo interrogati alium et minus obligatorium clausulae dictae sensum esse, sequentem in modum permutatis rationibus judicaverunt *m. april.* 1704.

Ob non wohl die Vormunder anfuhren, es habe A. W. in dem getroffenen Erb Recesse sich dahin verbindlich gemacht, dass seine Enckel den ihm vor 550. Zm. zugeschlagenen Garten, in eben solchen Preisse nach seinem Tode haben und erhalten solten, folg'ich dieser Convention halber, denen Enckeln in seinem letzten Willen nicht entziehen, und seiner Wittiben zuwenden können; gestalt auch ex nudo pacto bewachrter Rechts-Lehrer Meynung nach, heutiges Tages geklaget werden mag:

Dieweil aber dennoch bey des Grossvaters angezogenen Erklaerung keine verbindliche Worte zu befinden, sondern derselbige sich nur in so weit auff Zureden seines Eydams und der Vormunden herausgelassen, dass er nach seinem Tode den Garthen seinen Enckeln aus Grossvaeterlicher Liebe, wiederum eben vor den Preiss, wie er ihn erhalten zueignen wolle, welches auff einen letzten Willen hinaus laufft, und er dahero sich diess falls wieder andern können die Vormündere mit der angestellten Klage nicht fortkommen. V. R. W.

§. 21. Visa hac opinionum inconstantia, tutius quaerendum nobis erat pro vidua remedium. Quod in testamento invenimus, in quo nepotes simul instituti haeredes eo ipso necessitatem obediendi sibi experiebantur injunctam. Quamobrem missa verborum ambiguitate, sive contineant ultimae voluntatis speciem, sive pactum quodcunque; sufficere credimus, quod nepotes, tamquam avi haeredes instituti, velint nolint, etiamsi fundus ipsorum proprius fuisset, tamen viduae legatariae illum praestare teneantur. §. 4. *j. de legat.* Approbaverunt diversae jurium facultates hocce fundamentum. In specie facultas juridica lips. et wittenbergens. Quarum prima *m. april.* 1704. ita pronunciavit:

Dennoch aber und dieweil mehrgedachte Nepotes zugleich ihres Grossvaters A. W. Erben worden, und dahero auch dessen Facta zu praestiren, und folglich sein letzten Willen nachzuhommen schuldig.

So hat die wider dessen Wittib erhobene Klage nicht statt.

§. 22. His confisi rationibus sententiam expectabamus pro vidua, sed contra omnem spem et opinionem publicabatur sequens:

Dass Bekl. den in der Erbschafft befindlichen Garthen, denen R. Kindern, laut des fol. 6. b. auffgerichteten Erb-Vergleichs, gegen Erlegung derer darinne gesetzten 550. Zm. zu uberlassen schuldig.

Magna ergo tribuitur hac in sententia vis verbis supra recitatis, nec pro specie voluntatis ultimae, sed pro pacto firmiter obligante habentur. Interposita est igitur contra hanc sententiam appellatio, ulteriusque deductum fuit fundamentum semel in haeredis institutione positum, spemque fecerunt domini Jcti Wittenberg. de reformatoria sententia obtinenda, ex rationibus in sequenti praejudicio adductis:

Dennoch aber und dieweil ermeldter A. W. besagter Vormundere Pflegbefohlne in seinen Testamente fol. 7. seqq. zu seinen Erben eingesetzt und zu Recht bekandt, dass die Erben des Testatoris facta und hinterlassenen Willen zu praestiren und nachzukommen schuldig; Immassen auch pro sumiret wirde, dass wenn ein Erbe die Erbschafft agnosciret, er dadurch des defuncti letzten Wille allenthalben approbiret habe, ob er gleich von des Erben eigenen Guthe, geschweige von des Testatoris Guth darbey der Erbe nur ein jus quaesitum hat, disponiret, so auch auff den Fall erstrechet wird, wenn er rem legatam nicht vor des haeredis, sondern vor sein eigen Guth gehalten haette: Nov. 48. in princ. §. 4. j. de Legat. L. 67. §. 8. ff. de Legat. 2. und damnach dasjenige Recht, welches der Pflegbefohlne aus der Erbsonderung fol. 22. b. seq. erlanget, durch des Grossvaters letzten Willen enerviret worden.

So hat die Witwe nach justificirter Appellation sich einer Reformatoriae des Urthels fol. 117. zu getrösten V. R. W.

Verum lis haec adhuc pendet, ac dubii haerent litigantes, quam sententiam sint expectaturi.

§. 23. Nulla tamen obscuritas tam crassa, praesertim in instrumentis publice aut privatim confectis, quam non plerumque certae comitentur qualitates: ex quibus, quae circumstant, dijudicari, et mens loquentis dubia quadamtenus reddi possit perspicua, si non vere, tamen praesumptive. Exemplum occurrit in *l.*

1. *ff. de reb. dub.* ubi testator alicui legaverat alternative fundum mevianum aut Sejanum: legatarius ex facto probat, sub appellatione fundi meviani adhuc plura contineri praedia, adeoque et caetera ad se pertinere. Haeres reliquos sub nomine mevianorum fundos omnes dare recusat. Jctus Papinianus ex comparatione praediorum sejani, et unius ex mevianis, quae pretio non multum differunt, decidendi sumit rationem, respondens: non videri caetera praedia legato voluisse defunctum cedere, si fundi sejani pretium a fundi meviani pretio non magna pecunia distingueretur. Facti circumstantia, ex qua decisio sumebatur, erat convenientia pretii unius fundi ex mevianis cum Sejano. Atque ita e mevianis illum putat a testatore intelligi, qui non multum a sejano ratione pretii differret.

§. 24. Exemplum non dissimile, ubi ex circumstantia quadam perspicuitas dubie loquentis elicebatur, mihi in foro obtigit: legaverat liberalissimus quidam testator bis mille thaleros ad piam studiorum causam, qui legatarios futurosque percipientes his designavit verbis:

Meiner Frauen nechste Freunde.

Uxor vero varios habet consanguineos, gradu remotiores, inter quos nemo proximior erat altero; quaerebatur ergo, an omnes intellexerit consanguineos, quibus eo tempore nemo proximior; an vero etiam eos vocasset, qui tunc ultra proximos tertio quartove gradu remotiores erant. Affirmandam credidi primam quaestionem; cum notissimum sit, eum, qui proximis legat, remotiores excludere. Jam vero testator instituit proximos uxoris, non vero remotiores proximis. At enim vero sequior ab aliis judicabatur extensiva, quam restrictiva voluntatis explicatio. Cum hic concurrat favor studiorum, seu piae causae, ubi iniquum videbatur, remotiores ad studia aptos, et hoc fine ad academias ablegatos, a stipendio excludere, ob hoc, quod proximiores existant, sed ad studia vel plane inhabiles, vel ob aetatem minus apti. Alia igitur quaerenda in facto circumstantia, unde certior mens fundatoris sedleretur. Nam testator disposuerat, ut usurae interim collectae in sortem converterentur, quia jam nullum subjectum stipendii capax adesset. E contrario certum erat in facto, ex remotioribus uxoris consanguineis jam tum tempore conditi testamenti varia subjecta perceptionis capacia academiam, scholamque frequentasse. Ex quo colligendum: si testator non solum proximiores, sed et remotiores instituere voluisset, non usus fuisset verbis, *weil dato keiner zur perception tüchtig*. Nec vanus erat conatus. Approbaverunt Jcti wittenbergenses *m. julii* 1705. circumstantiam, ex qua testatoris ambigua verba dilucidari poterant:

Wenn gleich in der H. H. disposition, dass des Fundatoris dieses Stipendii seines Eheweibes nechste Freunde dessen fähig seyn sollen, geordnet, und dergleichen Worte sonst dergestalt anzunehmen, dass hierunter diejenigen so zu jeder Zeit sich zum Studiren tachig erweisen, und sodann, wenn das Stipendium zu vergeben, sich am nechsten zu besagter Witwe ziehen können zu verstehen:

Dennoch aber und dieweil damals, da H. seine Disposition auff gerichtet, von seines Eherweibes Mutter Schwestern unterschiedene Subjecta, so auff Universitaeten und Schulen gelebet, verhanden, und zur Perception tüchtig gewesen; der Testator aber dass die Zinsen anfangs zu einem Capital darum gesamlet werden sollen, weil dato noch keiner zur Perception tüchtig verordnet, hieraus aber so viel dass nur diejenigen, so seiner Frauen damahlige nechste Freunde gewesen, und deren Kinder dieses beneficii theilhafftig seyn sollen, zu schliessen, unter welchen die Klagenden H. sich nicht befinden. So erscheinet daraus allenthalben so viel, dass sie von diesem Stipendio etwas zu praetendiren nicht berechtiget. V. R. W.

25. At vero, quicquid sit, sive simplex sit ambiguitas, sive certis concomitata circumstantiis; in ancipite tamen versamur litigio, cui verba dubia dederunt causam. Cavendum igitur ab omni in loquendo scribendove ambiguitate, quae quamvis interdum penitus absit, factumque clarum, purum et indubium attamen nihilominus magno litigantium damno in ipsa jurium et ll. applicatione inconstans occurrit varietas. Aliquoties ipsa praxis sive nocumenta, sive documenta contra opinionem suppeditavit, in causa supra §. 12. *seqq.* memorata *m. l. contra g. n.* ubi possessorio adhuc durante judicio naseebatur quaestio: num uxor post donationem et traditionem judicialem in maritum semel factam adhuc in diversorii possessione esset? Non conveniebant domini judicantes. Dn. Jcti Witteberg. plane pleneque negabant, sententiamque ferebant uxori satis duram:

Dass Klaegerin Suchen nicht statt hat. V. R. W.

Rationes dubitandi et decidendi communicabant sequentes *m. decemb.* 1700.

Obwogl die Donation des Gasthofes auf den Fall, wenn Klaegerin vor ihren Ehemann mit Tode abgehen solte, ausgestellet, und dahero ehe und bevor sich dieses zutraeget, selbige zur volligen Wurekligkeit nicht gedeyen kan; denn auch Klaegerin die Possess in den Gasthofe jederzeit, und bis U. sich selbiger angemasset, Inhalts des Zeugnus Rotuli exerciret und darinne einen Pachter gehabt.

Dennoch aber und dieweil die mit condition geschehene Schenckung und Ubergabe des berührten Gasthofes bloss von dem Eigenthume zu verstehen, da hingegen von der Klaegerin Ehemanne, dass er Die Possess seines Weibes Vermögens, und folglich besagten Gasthofes nicht gehabt, also auch solche auff Bekl nicht bringen können, nicht gesagt werden mag, in Ansehung, dass dem Ehemanne jure ususfructus auch die Possess von des Weibes Gutern zustehet; und wenn von dem Eherveibe, dass sie die possess darinnen exerciret, gemeldet wird, solches in diesem sensu, dass sie propter individuam vitae consuetudinem ac rerum communicationem die Haushaltung in ihren den Ehemanne jure ususfructus zustehenden Vermögen fortgeschaffet, und das gemeine Hauswesen in acht genommen, an zu nehmen:

So haben wir davor gehalten dass Bekl. possessio pro vitiosa nicht geachtet, und also die Klage ex Can. Redintegranda wider denselben mit Bestande Rechtens nicht angestellet werden könne.

26. Nos jam dudum ante hanc sententiam responso prudentum ex scabinatu lips. secuti, interposita

leuterationc, aliam et penitus diversam obtinuimus sententiam:

Nunmehro so viel zu befinden, dass Klaegers Principalin bey der Possess des Wirthshauses zum schwartzen Baehre zu schützen, derowegen Bekl. selbigen ihr hinwiederum abzutretten schuldig. V. R. W.

Quae nobis benignior sententia, multis postea confusionibus enodatis, et lite usque ad supremum appellationis judicium dresdense delata, tandem obtinuit et in rem abiit judicatam. Vidimus supra dominorum Wittenberg. rationes, videamus et dominorum Lipsiens. quorum sequentes erant:

Obwohl Bekl. auff den mit der L. Ehemann am 9. aug. 1700. getroffenen Tausch-Contract sich beziehet, vermöge dessen ihm angeregter Gasthof überlassen, würckl. abgetreten, und in Lehn gereichet worden wodurch er denn das Eigenthum zu samt der possess erlanget; In mehrer Erwegung gedachte L. dem Ehemanne bereits Anno 1697. vermittelst einer Ubergabe unter den Lebendigen ihr gantzes Vermögen und insonderheit besagten Gasthof dergestalt zugewendet, dass er damit als eigenthümlichen Guthe seinem Gefallen nach rebahren möge.

Dieweil aber dennoch diese Ubergabe nicht schlechterdings, sondern sub conditione suspensiva, wenn nehmlich das Eheweib vor dem Ehemann verstorben, geschehen. also noch zur Zeit dieser die Gewalt solchen zu alieniren nicht gehabt; Und aus den Rotulo fol. 26. so viel zu erkennen, dass sie den Gasthof verpachtet, auc in der Possess desselben jederzeit verblieben, bis im Monath August 1700. Beklagter U. den bon ihr eingesetzten Pachter wieder ausgetrieben und wenn gleich der Ehemann selbigen bestellet haette, dennoch die Veraenderung dessen, und U. unternommene Verpachtung vor eine turbation um deswillen zu achten, weil der Ehemann nur jure usufructus et administrationis, also nomine seines Eheweibes, als proprietariae, den Gasthof nebst ihr in Besitz gehabt. U. aber dessen sich vor seine Person, als Eigenthums Herr angemasset, nach mehren Inhalt der zugeschickten Privat Acten:

So möchte die E. auff ihre eingewandte Leutevung eine Reformatoriam wohl erhalten. V. R. W. etc.

Quae etiam sententia, ut in principio hujus §. allegatum, secuta est.

§. 27. Centrum dissensus in eo est, quod alii crediderant solum maritum jure usufructus, alii non solum maritum, sed et uxorem simul cum marito in possessione esse, vel maritum nomine uxoris possidere. *l.* 9. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* Alii vero existimant, conjuges inter se de possessorio plane non debere disputare. Quod enim bona mariti attinet, haec uxor possidet solo familiaritatis jure, et hinc non proprio, sed mariti nomine. Post *de manutenent. observ.* 54. *n.* 17. Cothman. *vol.* 5. *cons.* 6. *n.* 34. *et seqq.* quapropter nulla vera possessione gaudet *l. quae jure familiaritatis.* 41. *ff. de acquir. possess.* Pariter et maritus eodem familiaritatis jure uxoris bona possidet. card. Tusch. *pract. concl. lit. p. concl* 411. *n.* 10. Angel. *consil.* 15. *n.* 47. *seqq.* Mev. *ad jus lubec. lib.* 1. *tit.* 5. *tr. n.* 7. nisi bona ipsi in dotem data sint. *l. in rebus dotalibus* 30. *c. de jure dot.* annuat in paraphernalibus jure administrationis et perceptionis fructuum gaudeat Carpzov. *part.* 4. *const.* 21. *def.* 1. Non tamen plus juris hic, quam alius usufructuarius praetendere potest, de quo vid. *l.* 12. *et* 49. *pr. ff. de acquir. possess.*

§. 28. Porro dubius occurrit casus in *l.* 12. *pr. ff. de instr. vel instr.* ubi de frumento, quod cibariis eultorum paratum est, diversimode judicant Jcti, an ad fundi instrumentum pertineret. Similem tractavimus de fundo instructo et cum instrumento casum, ubi itidem lis circa frumentum oriebatur, et dissimilia erant judicia collegiorum juridicorum, quae consului super his verbis: *als einen fundum instructum mit allen Zugehörungen, auch wie es steht und lieget*, quid significarent in jure? Nemo negabit verba in se satis clara e perspicua, praesertim cum in jure differentia fundi cum instrumento, et fundi instructi, toto pandectarum explicetur titulo. Interim cum occurreret casus, ubi hortus legabatur cuidam, iis, quae jam recensuimus, verbis, quo in fundo simul certa frumenti quinquaginta vel sexaginta, ni fallimur, modiorum quantitas reperiebatur, diversimode judicatum est, et primo quidem a facultate lipsiens. sequentibus:

Wann dann pro fundo instructo denen Rechten nach nur dasjenige gehalten wird, was der Haus-Wirth zu dessen Bestellung, Gebrauch und Nutzung darein geschaffet und benöthiget, nicht aber zugleich, was er zur Verwahrung hinein gebracht, und sonst eigentlich zu des Gutes jaehrlichen Nutzungen, Gebrauch und Bestellung nicht vonnöthen. daheso dissfalls billig ein Unterscheid zu machen, und nur das erstere, nicht aber das letztere, und also unter andern auch nicht der vorhandene Getraydig Vorrath unter die Zugehörungen des vermachten Gartens zu rechnen. V. R. W.

Aliter vero pronunciandum credidit scabinatus ejusdem loci:

Obwohl angeführet werden möchte, dass der Testator nicht verstanden, was fundus instructus sey, hierunter auch das Getraydig, so nur daselbst auffgehoben wird, oder zum Verkauff lieget, sub nomine fundi instructi nicht zu begreiffen.

Dieweil aber dennoch diese Lateinische Worte durch die folgenden oder allen und jeden Zugehörungen, auch wie es stehet und lieget ihre Erklaerung erlangen, dass nicht allein Holtz etc. etc. so zum Garten gehöret, darbey verbleiben sollen, sondern auch so gar, wie es stehet und lieget, das in dem fundo vorhandene Vieh, Getraydigund andere Inventarien Stucke einzuhliesset:

So möchte der W. nebst den Garten, auch die dabey vorhandene mobilia wohl abgefolget werden. V. R. W.

§. 29. Liceat adhuc unum in ipsa praxi obvium recensere casum, ubi, dissensum adhuc hodienum esse, sumus experti. Contra H. instituitur querela ita dicta non numeratae pecuniae, quod quidem chirographum accepisset, sed pecuniam debitrici non solvisset. Reus intra biennii spatium citatur, querela ipsi insinuatur, terminus praefigitur etc. quibus omnibus peractis, reoque emanente, tandem pronunciatur ex officio, libellum esse ineptum, nec reo necessitatem respondendi ad illum incumbere. Querela enim illa exceptio est,

non actio, hinc conditio chirographi instituenda fuisset. Quae dum agerentur, antequam novus offerri poterat libellus, elabitur biennium, intra quod, ut noti juris est, exceptio non numeratae pecuniae venit opponenda. Res haec meae tandem a reo committitur defensioni. Statim dubitare incipiebam, numne per exceptionem praescriptionis contra intentatam denuo actionem tutus esset reus. Obstabat testatio publice intra biennium proposita in judicio, nec non bina sive trina reo insinuata citatio cum libello; quamvis ineptо; quae omnia, imo vel solam citationem legitimam, ad interrumpendam praescriptionem sufficere, tralatitium est. Quam sententiam extendit magnificus dn. Berger *in resol. ll. obst. ad tit. de in jus vocand. ad verb. interrumpit praescriptionem etc.* ut etiam libellus ineptus interrumpat praescriptionem. Verum aliis evolutis doctoribus, contrariam foveri sententiam deprehendi. Nec consulta in respondendo et confirmando defuit inclyta facultas Hallensis, ita judicans *m. octobr.* 1702.

Wenn nun gleich eingewendet werden möchte, dass die erste Klage ante lapsum biennii übergeben, auch die Citation annoch bey waehrenden biennio insinuiret worden, und aus denen Rechten bekandt. quod sola citatio interrumpat praescriptionem. Mynsing. *cent.* 4. *obs.* 26. *n.* 3. Gail. *l.* 1. *obs.* 74. *n.* 20. *Weil aber doch solches anderer Gestalt nicht statt findet, als wenn der Klaeger vor sich ein obsiegendes Urthel erhaelt* Berlich. *p.* 2. *concl.* 9. *n.* 33. Rauchbar. *p.* 2. *qu.* 28. *n.* 4. *keinesweges aber, wenn er mit seiner Klage abgewiesen wird*, idem enim est, plane non egisse, quam ineptam actionem instituisse, *und hieselbst die Klage verwoffen, und per consequentiam die praeparatoria hujus actionis auch ihre Krafft verliehren*, peremta enim instantia ob ineptitudinem libelli, pereunt omnia praeparatoria judicii, etiam quoad effectus juris, et sic etiam quoad interrumpendam praescriptionem. Gail. *l.* 1. *obs.* 67. *n.* 2. Berlich. *p.* 3. *dec.* 362. Bald. *in l.* 2. *c. de fruct. et lit. expens. So erscheinet hieraus allenthalben so viel, dass wenn C. H. die Except. non num. pecun ferner opponiret, er darwider die praescriptionem mit Bestande Rechtens wohl opponiren könne. V. R. W.*

§. 30. Pluribus exemplis opinionem meam declarare possem, si pretium operae foret, verum ex jam adductis abunde constabit lectori, motus judicum non semper aequales esse, et praeconceptas opiniones multis ita inhaerere, ut licet veritas in contrarium ipsis demonstretur, a sua tamen averti nequeant opinione. Qui plura dissensionum etiam hodiernarum inter ejusdem provinciae Jctos legere desiderat, ille evolvat *indicem dissensionum Jctorum saxonicorum*, quem celeberr. Johann. Strauchius Jctus jenensis *dissertationibus suis ad jus justinianeum* subjecit. Plura vero et antiquiorum et recentiorum Jctorum dissensiones collegit illustris Jctus argentoratensis dn. Schilterus *in indice dissensionum*, quem adjecit *praxi suae juris romani in foro germanico in fin.* Ut adeo adhuc verum sit, quod in *l.* 23. *c. de legat.* dicitur, ambiguitatem veteres animos movisse, junct. *l.* 3. *c. de indict. viduit.* Ubi coronidis loco non praetereundus est insignis locus, qui habetur *in l.* 4. *c. de V. S. si quis antiquorum alterationes sigillatim exponere maluerit, nihil prohibet, non leve libri volumen extendere, ut sic explicari possit tanta auctorum varietas; cum non solum juris auctores, sed etiam ipsae principales constitutiones, quas ipsi auctores retulerunt, inter se variasse videntur.* Quod autem recentiorum animi pariter moveantur, ex superioribus abunde apparet, et expropter verum manet, quod vulgo dicitur: sententiam esse casum fortuitum.

§. 31. Quid ergo tandem consilii suberit, ut ex illis ambiguitatibus, casibusque dubiis certum aliquid in pronunciando eliciamus? Non desunt regulae in jure praescriptae, quorsum judici in ejusmodi casibus respiciendum sit, quas paucis adducam. Praecipua inter has esse videtur, quae occurrit in *authent. hodie jurant. c. de jud.* ubi ex mente Justiniani dicitur: *hodie jurant judices, se facturos secundum quod eis visum fuerit justius et melius.* Verum cum ex praxi nostrorum judiciorum in comperto sit, non unius judicis sententia aut arbitrio terminari lites, sed leuterationibus, appellationibus, aliisque remediis suspensivis patere locum, et hinc evenire, ut acta diversorum judicum, vel collegiorum juridicorum decisioni committantur, inde disceptari hic solet, quisnam justius vel melius pronunciaverit; quod enim uni judici justius visum fuerit, hoc alteri minus aequum et justum videtur, et sic iterum remanet incerta ambiguorum decisio.

§. 32. Quapropter ad specialiora recurrendum erit remedia, quae in ll. nobis suppeditantur, quorsum pertinet (1.) In dubiis benigniorem sententiam sequi, non minus justum quam tutum est. *l.* 3. *ff. de his, quae in testam. de l. l.* 10. §. 1. *ff. de reb. dub. l.* 56. *ff. de r. j.* verum hic iterum difficultas remanet, quaenam sit benignior sententia. (2.) In ambiguis sequendum est, quod est minimum *l.* 13. *ff. de reb. dub. et l.* 9. *ff. de r. j.* et hinc in dubio interpretamur contractum de minus oneroso. WVesemb. *p. l. cons.* 2. *n.* 17, (3.) Ambigua intentio ita capienda est, ut res salva sit actori. *l.* 172. §. 1. *ff. de r. j. l.* 66. *ff. de judic. l.* 20. *ff. de except. rei jud.* Unde in obscuro melius est favere repetitioni, *l.* 41. §. 1. *ff. de r. j.* (4.) Cum sint partium jura obscura, reo favendum potius est, quam actori. *c.* 11. *de r. j. in* 6*to.* ubi conrespondet *l.* 125. *ff. eod.* favorabiliores rei potius, quam actores habentur: sunt enim jura proclioriora ad absolvendum, quam ad damnandum. *l. Arianus* 47. *ff. de o. et a.* hinc melius reputant, nocentem absolvere, quam innocentem condemnare *l. absentem.* 5. *ff. de poen*; Verum hic iterum dubium occurrit, quo casu tandem reo, quo casu autem actori magis favendum sit, cum utrumque, uti ex adductis apparet, juri conforme sit.

§. 33. Recurri ergo hic solet ad qualitatem causae in judicium deductae, ut si haec favorabilis sit, rei causa non sit potior, sed deterior. Hinc in dubio potius pro matrimonio, pro libertate, pro dote, et pro testamento pronunciandum, quos casus cumulavit pontifex *in cit. cap. ult.* Quos etiam pluribus dd. auctoritatibus firmavit August. Barlos. *in collectan. ad d. cap. ult.* Nam dissonat ab hac sententia Pauli *in l.* 38. *ff. de re judic.* ubi praefertur sententia, quae pro libertate lata, in aliis autem causis pro reo pronunciandum esse dicit, ubi sub libertate Jcti etiam do-

tem comprehendunt, pro qua pariter in [illegible] dicendum. *l. in ambiguis.* 86. *pr. ff. de r [illegible] ff. de jur. dot.* Idemque ad omnem piam [illegible] tendunt Everhard *in topic. legal. loc.* 65. [illegible] *de pia causa privil.* 12. Verum et in his regulis [illegible] desiderari possent; saepius enim sub favore piae causae vel sub favore dotis multum iniquitatis latitat, ut hic judici iterum probe circumspiciendum, in quantum huic, vel illi causae in judicium deductae salva justitia favere debeat.

§. 34. Magis ergo insistendum est illi regulae; quod in pari causa potior sit possessor *l.* 128. *pr. ff. de r. j. c.* 65. *de r. j. in* 6*to.* quam etiam ad delicta extendit Ulpian. *in l.* 154. *pr. ff. de r. j* his verbis. *Cum par delictum est duorum: semper oneratur petitor, et melior habetur possessoris causa*: cui fundamento innititur integer titulus *ff. de condict. ob turp. caus.* quod in pari turpitudine melior sit ratio possidentis. *l.* 3. *et* 4. *ff. d. t.*

§. 35. Unicum adhuc subiicio, quod generaliter judicibus commendari solet, ipsos in dubio sequi debere, quod est verisimile, quorsum pertinet textus *in c.* 45. *x. de r. j. inspicimus in obscuris, quod verosimilius est, vel quod plerumque fieri consuevit.* Idem habetur in *l.* 114. *ff. de r. j.* quod enim verosimile non est, hoc imaginem falsitatis habet. *c. quia verisimile* 10. *x. de praesumpt.* Tiraquell. *ad l. si unquam. in pr. n.* 10. *c. de revoc. donat.* Mascard. *de probat. concl.* 1364. *n.* 4. Hinc in judicando attendi non debet. *l. fin. pr. ff. quod met. caus. l. Titia* 34. §. 5. *ibi: non est verosimile. ff. de leg.* 2. Verum super hoc potissima lis esse solet in judiciis, quid hoc casu sit verisimile, nam uterque litigantium pro sua sententia ad verisimilitudinem provocare solet; quod etiam subolfecit Jctus in *d. l.* 114: *ff. de r. j.* ubi dicit, attendendum esse in obscuris, non quod est verisimile, *sed quod est verisimilius*, sicut et pontifex in *d. c.* 45. *de r. j. in* 6*to.* comparative loquitur, ut indigitet, et alteram partem pro se verisimile allegasse, sed verisimilius sequendum esse: quodnam vero illud sit, vix unquam unanimes erunt judicum sententiae, qui forte sui dissensus excusationem invenient in *l.* 168. §. 1. *ff. de r. j.* ubi dicitur: *factum eum in obscuro est, ex affectione cujusque capit interpretationem.* Adeo sicuti mundus regitur opinionibus, ita judices reguntur affectibus, et raro sibi in memoriam revocant, quod Callistratus ipsis commendavit in *l. observandum* 19 *ff. de off. praesid.* et saepius in judiciis plus valet favor in judice, quam lex in codice.

§. 36. Sed quomodo tandem ex his ambiguitatibus in foro liberabimur? Respondeo, humanum consilium vix suberit, cum judices nostri de justitia causae aliter judicare nequeant, quam prout factum in actis propositum et deductum: verum cum et judices sint homines, et hinc variis animi motibus et passionibus obnoxii, principum curae ac providentiae hoc quam maxime incumbit, ut non quosvis ad judicandi munus admittant, sed illos tantum, quorum mota perspectaque animi integritas, et prudentia est, et quos Deum timere constat, ita ut certo persuasi sint, se non hominis sed Dei exercere judicium, et hunc illic praesentem, severissimumque injustitiae vindicem esse. 2. *chronic.* 19. *vers.* 6. *et* 7. quas et alias judicis

[illegible] *dare dicimur adversario nostro, qui pro eo quod, [illegible] petiit, ita cavit, ut cum hoc nomine securum fa- [illegible] fidejussoribus.* Caeterum si extra judicium [illegible] tis hominum cautiones desiderantur, [illegible] nt ex determinatione et arbitrio [illegible] ; interposita est, subsistit, li- [illegible] m inconvenientem, h. e. [illegible] possit, elegerit. *l.* [illegible] solent emergere [illegible] aliter praestan- [illegible] rmo est, ubi [illegible] qui ex na- [illegible] speciebus [illegible] judicium, [illegible] et scientiae [illegible] *prae-* [illegible] coeco impetu [illegible] liga- [illegible] mo justioris partis [illegible] n,

§. 37. In advocatis [illegible] lenda, ut nec ad hoc [illegible] nisi iisdem virtutibus instruct[illegible] eminere debent; scilicet ut clientibus [illegible] quaestus gratia, seu, ut lites ex litibus [illegible] ginentur, sed ut clientes suos ab injuriis [illegible] berent, caveantque, ne sub justo succumbant [illegible] sed ut ab altero recipiant hoc, quod juste debetur, [illegible] ab adversario inique denegatur. Hunc vero finem [illegible] consequatur advocatus, Deum serio imploret, ut [illegible] mum linguamque ita dirigat, ne quicquam scribatur vel proferatur, quod in justitiae detrimentum vergere possit. Deinde inquirat sollicite in omnes facti circumstantias, et clientem graviter moneat, ne quicquam reticeat, sed omnia fideliter sibi exponat, alioquin se excusatum esse velle, si res ex voto non successerit. Quod si factum intricatum et dubium sit, bona fide referat causam ad duo Jctorum collegia, et ab his informationem petat, quid justum ipsis videatur, an causa in judicium deducenda sit, vel liti cedendum. Quodsi dissentiant, tertium consulat, et plurium opinionem sequatur. Quodsi partem alteram lites pariter adversari viderit, curabit, ut per compromissum certo cuidam arbitro causae dubiae decisio committatur. Quodsi huic arbitrium displiceat, causam perspicue judici proponat, falsas circumstantias non fingat, sed pariter secum reputet, Deum in judicio praesentem esse, qui interiora cordis respicit, et qui impunitam non relicturus est callidam veritatis immutationem. Nec Dei auxilio fretus metuat technas astuti adversarii, qui facile confundetur ab illo, qui omnes suas actiones in honorem Dei et salutem proximi dirigit. Quodsi nihilominus causa, quam justam existimabat, ceciderit, certo sibi persuadeat, ex voluntate Dei hoc contingere, qui ob causas ipsi soli notas, sed hominis probo semper salutiferas aliter negotium disponit, quam quidem homo etiam bona intentione sibi proposuit.

§. 38. Quapropter et ego Deo optimo maximo vias meas commendo, quo ipse negotia mea forensia itaporro dirigat, ut illa ad gloriam ipsius et salutem proximi vergant, quo tandem de illis, quae in judicio soli a me peracta, in judicio poli, coram tribunali salvatoris sententiam victricem pro ingressu ad aeterna gaudia reportare possim.

TANTUM.

DISPUTATIO VIGESIMA SECUNDA

DE POSSESSIONE PER CAUTIONEM NON AUFERENDA.

D. SEPTEMBR. ANNO MDCCVI.

PRO LICENTIA

LAMBERTUS HENR. KUMPSHOFF, DINLACO-CLIVENS.

CAPUT I.

De negotiis cautionem non admittentibus.

SUMMARIA

Diffidentia inter homines facit, ut sibi caveant. §. 1.
Diffidentia dedit ansam ad varia jura. §. 2.
Diffidentia ansam dedit ad juramentorum usum. §. 3.
Eadem diffidentia etiam materiam de cautionibus introduxit. §. 4.
Cautio praesupponit medium per quod possit alter securus reddi. §. 5.
Fidejussores debent esse idonei. ibid.
An juramentum sit medium sufficiens pro securitate? §. 6.
A suspectis demum cautio exigitur. §. 7.
Cautiones tamen quodammodo fragiles sunt. §. 8.
Incommoda cautionis. ibid.
Quaenam negotia certam cautionis speciem non admittant? §. 9.
Quidsi ex lege debeatur fidejussio? §. 10.
Cautio non admittitur, ubi post cautionem grave adhuc subest periculum. §. 11.
Non admittenda cautio inter conjuges, si insidiae vitae structae. §. 12.
Rejicitur communis sententia. ibid.
Dubia Carpzovii resolvuntur. ibid.
Tutor suspectus ne quidem praestita cautione manet in tutela. §. 13.
An tutor creditor vel debitor pupilli sub cautione possit admitti? §. 14.
Extensio fit ad similes casus. §. 15.
Procurator absque mandato non admittitur, ne quidem sub cautione. §. 16.
De jure civili itidem cautio non admittitur. §. 17.
Quando ab iis personis, quae habere mandatum praesumuntur, cautio haec non recipitur. §. 18.
Casus 1. ibid.
Casus 2. ibid.
Casus 3. ibid.
Casus 4. ibid.
Casus 5. ibid.
An syndicus destitutus syndicatu sub cautione admitti possit? §. 19.
Qui blanquetum producit, non admittitur sub cautione. §. 20.
An semper cautio de non offendendo possit admitti? §. 21.
An cautio recipienda sit in novi operis nunciatione? §. 22.
Cautio rejicitur in criminalibus, ubi poena corporalis reo imminet. §. 23.
An in criminibus poenam pecuniariam habentibus cautio admittenda? §. 24.
Sub cautione id, quod juri contrarium, non est faciendum. §. 25.
Nemo est incarcerandus ad instantiam solam alicujus, licet cautionem praestiterit. ibid.
Cautio frustranea rejicitur. §. 26.
Cautio nimis sero oblata, et re non amplius integra rejicitur. §. 27.
Non admittitur aliquando, si pacto non sit reservata. §. 28.
Exemplum in cautione Mutiana in contractibus non admittenda. ibid.

§. 1. Insignis est diffidentia inter homines, nec ea semper reprobanda, quia hominum malitia quoque insignis est, qua ducuntur et feruntur ad alterum decipiendum, et quocumque modo circumveniendum. Inde nescio, an ita male veteres judicaverint, qui hanc inprimis cauto homini regulam commendatam esse voluerunt: *nihil credendo atque omnia cavendo*, Cicer. *orat. post. red. ad Quirit. circa f.* quemadmodum idem quoque *lib.* 1. *ad Attic. epist.* 16. cantilenam Siculi Epicharmi prudentem se in mente semper habere fatetur, quae haec erat: νῆφε καὶ μιμνασ ἀπιςέι· ἀρθρα τὰυτα τῶν Φρεῶν, Eadem fere est sententia, quam *lib.* 2. *ad Att. epist.* 10. de se et hominibus usu rerum peritis et solertibus profert, aiens; *Pragmatici homines omnibus historicis praeceptis, versibus denique cavere jubent, et vetant credere; alterum facio ut caveam, alterum ut non credam, facere non possum.*

§. 2. Quemadmodum itaque diffidentia hominum erga se invicem ex natura hominum pessima deducitur, ita quoque fere universalis est, et sic non mirandum, quod

in jure quoque omnium fere gentium plurima disposita reperiantur, et certa remedia inventa fuerint, quibus quis a deceptionibus aliorum tutus esse, et cum altero ferme negotia quaecumque peragere possit. Imo inde jus nostrum quoque *prudentiae* nomen meruit, quod non tantum justitiae regulas tradat, seu etiam remedia multa seu consilia ex regulis prudentiae desumpta, quae alias *cautelae* vocantur, suppeditaverit, quibus adhibitis quis securus esse possit a pessimorum hominum insidiis et deceptionibus, ad quas proni esse solent. Et hinc merito Jcto maximopere commendata debet esse *jurisprudentia cautelaris*, quae demum *pragmaticos* homines, uti a Cicerone vocantur, constituit, et nihil antiquius, nihil potius habet, quam ut consilia ex regulis prudentiae desumpta suggerat, oppositis cavillationibus impostorum. Quia quod olim Jctorum officium tam late circumscribebatur, ut non tantum in *respondendo et scribendo* h. e. praescribendo formulas, sed etiam potissimum in *cavendo* positum esse judicaretur, judice Cicerone *lib. 1. de orat.* De quibus cautionibus olim Modestinus singulari libro ἐνοναχτηῶν egisse videtur, ex quo vestigia quaedam adhuc supersunt in *l. 45. ad sct. trebel. l. 58. solut. matr.* Verum mea commendatione haec res non indiget, postquam hanc partem prudentiae juris variis tractatibus de *cautelis contractuum, testamentorum, juramentorum etc.* largissime du. Praeses explanavit.

§. 3. Inter tot materias juris, quas diffidentia produxit, merito quoque refero usum juramentorum in judiciis et extra judicia, eum unice in eum finem introductus fuerit, ut quis juranti fidem habere possit, cui absque juramento diffidit. Credunt enim, jurantes non immemore fore salutis aeternae, et metu vindictae divinae tangi, ne contra fidem datam agant. Si homines ex praecepto Salvatoris nostri in sinceritate vitae ambularent, ut, quae neganda essent, negarent, et affirmanda affirmarent, potuissent legislatores tot curis circa juramenta impendendis supersedere. Unde tot species juramentorum, tot novae formulae, tot solemnitates inventae, quae omnia eo tendunt, ut eo securiorem reddant eum, cui juratur. Verum, inter impios haec cautela fragilis, quae illud Euripidis obvertere solent: *juravi lingua, mentem injuratam gero*, quin quod tot subterfugia contra juramenta hodie, proh dolor? suppeditari solent, quae operantur, ut vix quisquam eam in juramentis, maxime extrajudicialibus, sibi promittere possit, quam optabat, unde consultius foret, ab hac cautela, quae ut plurimum perjuria nutrit, abstinere.

§. 4. Inprimis vero diffidentia hominum varias species cautionum invenit, quibus uti solent, quibus cum aliis negotium aliquod est, quibus fidere non possunt. Et hinc in jure nostro in singulis fere materiis de cautionibus quaedam disponuntur, et cum haec materia ad securitatem spectet, fluit tota, quanta est, ex regulis prudentiae, ad quas jura se conformare debuere. Scilicet cautio in genere est *securitatis praestatio ab eo faciendа, quem suspectum habemus, et cui propterea fidere non possumus.* Et huc etiam respexit Jctus *in l. 1. ff. qui satisd. cog.* ubi quidam de certa specie cautionis loquitur, sed tamen generalia omnis cautionis simul explanat. *Catisdatio*, ait, *eodem modo appellata est, quo satisfactio. Nam ut satisfacere dicimur ei, cujus desiderium implemus, ita satisdare dicimur adversario nostro, qui pro eo quod, a nobis petiit, ita cavit, ut cum hoc nomine securum faciamus datis fidejussoribus.* Caeterum si extra judicium in negotiis privatis hominum cautiones desiderantur, illae quidem dependent ex determinatione et arbitrio partium, et sic quatenus interposita est, subsistit, licet quis imprudenter speciem inconvenientem, h. e. quae et securitatem praestare non possit, elegerit. *l. 9. §. 3. de pign. act.* ast graviores solent emergere disputationes, ubi de cautionibus judicialiter praestandis, ad quas quis a judice potest cogi, sermo est, ubi tota causa dependet ex judicis decisione, qui ex natura rei rem determinabit, de quo nunc specialius agendum.

§. 5. Scilicet cum cautio intendat *securitatis praestationem*, omnino necesse est, ut tale medium eligatur, quod alterum, qui postulat jure suo cautionem, possit securum reddere. Hunc in finem potissimum homines fidejussores vel pignora solent exigere. *l. 59. in f. ff. mandat. accipi enim solent fidejussores*, ait imperator in *pr. j. de fidejuss. dum curant, ut diligentius sibi cautum sit*, sicuti pignora accipi solent, *quo magis creditori in tuto sit creditum*, ut rursus ait imp. in §. *f. j. quib. mod. re contr. obl.* Ostendunt vero itidem regulae prudentiae, quaenam species cautionis, fidejussoria an pignoratitia, alteri sit praeferenda. Videlicet potissimum respiciendum ad ipsum negotium, propter quod cavendum, id quod, si *quantitatem certam* habet, rectius pignoribus, quam fidejussoribus cavetur, quia hoc modo ipsum pignus quantitati convenienti dari potest. *l. 1. §. 9. ff. de collat. l. 2. §. 3. ff. quod legat.* Et hunc in sensum accipiunt vulgatum juris, *plus cautionis esse in re, quam in persona l. 25. ff. de r. j.* quia ita expeditius quis sibi consulere et satisfacere potest. Verum quid de genuino sensu hujus regulae habendum sit, infra *c. 2. §. 4.* explicabitur. Quod si vero super *re incerta* cavendum, certe cautio per pignus, quod determinatam suam quantitatem habet, commode expediri nequit, cum de quantitate, propter quam cavendum, non constet, atque proinde in hisce casibus exiguntur satisdationes, seu cautiones per fidejussores, qui in genere de universo negotio cavent. *l. 7. de praet. stipul. l. f. ff. rem pupill. salv. fore l. 3. §. 1. ff. si cui plus quam per leg. falcid.* Franzk. *ad tit. qui satisd. cog. n. 14.* Hahn. *ad* W. *eod. n. 2.* Facile autem apparet, non alios fidejussores esse admittendos, quam quibus alter fidere magis possit, quam ei, a quo postulatur cautio. Atque hinc alter desuper merito audiendus. Mev. *p. 3. dec. 111.* et deinde res judicis arbitrio determinanda, Id. *p. 3. decis. 55. n. 6. et decis. 67. n. 3.* 5. Aestimantur autem idonei fidejussores (1.) ex *facultatibus*, ut tales habeant, quales sufficiunt pro quantitate rei, de qua agitur *l. 2. pr. l. 5. §. 1. qui satisd. cog.* (3) ex *conveniendi facilitate l. 2. cit. §. 2.* (5) ex *personae qualitate*, ut exceptione perpetua non sint muniti, quibus se liberare possint ab obligatione, quam pro alio susceperunt, arg. *l. 40. pr. ff. de condict. indeb.* proinde apud Romanos solebant dari arbitri juris, qui fidejussores nominatos probare debeant. *l. 9. ff. qui satisd. cog.* a quorum arbitrio, si iniquum erat, appellatio permissa erat. *cit. l. 9.* qua omissa, semel probati pro idoneis habebantur. *l. 10. ff. qui satisd. cog.*

§. 6. Sed etiam praeter *cautio juratoria* introdu-

cia est in subsidium, si aliter caveri non possit. Carpz. *p.* 3. *c.* 15. *def.* 53. Mev. *p.* 9. *decis.* 42. quem in finem quoque jurare debet, se nec pignora nec fidejussores habere posse. *nov.* 112. *cap.* 2. *auth. generaliter c. de episc. et cleric.* Supponunt tamen communiter, eum, qui cavere debet, bonae frugis et probatae existimationis esse debere. Carpz. *p.* 1. *const.* 5. *def.* 9. Berl. 1. *concl.* 29. *n.* 53. Zang. *de except. p.* 2. *c.* 21. *n.* 48. Struv. *exerc.* 5. §. 24. Quod tamen non absolute concedendum esse monet Brunn. *ad cit. auth. n.* 8. si scil. vir non bonae famae, et non adeo spectatae fidei litem moveret justam, et fidejussores nullos haberet, nec pignora, quia alias a judicio plane esset repellendus, cum tamen etiam his jus reddendum sit, et huc quoque inclinat Mev. *p.* 9. *decis.* 94.

§. 7. Fluit quoque illud ex definitione cautionis, a suspectis demum cautionem esse exigendam. Grave enim est, aliquem cautionibus onerare velle, a quo nihil timendum est, quia non adeo suspectus est Mev. *p.* 3. *decis.* 54. *n.* 4. *et* 7. Et hoc intuitu in jure remissa est pluribus personis cautio, quae alias praestari debeat. Tutores ordinaria satisdare debent, sed non testamentarii, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore adprobata est; quin nec dativi, quia semel idonei electi, et sic non suspecti sunt. *pr. i. de satisd. tut. vel cur.* nisi forsan post patris mortem aliquid superveniat, quod tutorem suspectum reddat, patri vero ignotum fuit. *l.* 4. *ff. de testam. tut. l.* 10. *ff. de confirm. tut.* Qui alias de judicio sibi cavere debent, liberantur a cautione, *si* bonorum immobilium possessores sunt. *l.* 15. *ff. qui satisd. cog.* quia tales non sunt suspecti de fuga, ob quam causam etiam aliquando possessores mobilium cavere non obligantur, quando *a*) mobilia pretiosa sunt et *b*) ita comparata, ut non facile de loco in locum transferri possint. Carpz. *p.* 1. *c.* 5. *def.* 19. *et in process. tit.* 9. *art.* 5. *n.* 26. *seqq.* Mev. *ad jus lub. lib.* 3. *tit.* 5. *art.* 5. *n.* 27. quo pertinet instructissima bibliotheca. Carpz. *cit. def.* 19. *in f.* Lauterbach. *diss. de jur. in curia mercat. usit. th.* 66. E contrario non liberantur ab hac cautione, qui nudum usumfructum habent. *l.* 15. §. 1. *qui satisd. cog.* vel qui actionem personalem tantum habent ad bona immobilia consequenda *l.* 15. §. 4. *eod.* quia tales omni suspicione non carent. Similiter quamvis usufructuarius ordinarie cogatur cavere, tamen merito haec cautio patri, utpote non suspecto, remissa est *l.* 8. §. 4. *cod. bon. quae liber.* nisi forsan immineat dissipationis periculum, tunc omnino cautionem praestare debet. Eodem ex fundamento cautio usufructuaria remissa est ei, qui proprietatem se aliquando adepturum certo sperat. *l.* 9. §. 2. *ff. usufruct. quemadmod.* et qui donavit alicui proprietatem, reservato sibi usufructu, cum nulla sit praesumptio, quod quis eum laedere velit, quem singulari beneficio dignum censuit. Gail. 2. *observ.* 145. *in f.*

§. 8. Ceterum utut omnis, qualiscumque demum sit cautio, aliquam quidem securitatem afferat, interim ejus tanquam rei fragilis et labilis non exiguum periculum est. Mev. *part.* 1. *decis.* 24. *n.* 4. quo intuitu *fragilitas* de cautionibus praedicatur in *l.* 66. § 1. *ad sct. trebell.* quarum *eventus* dicitur *incertus* in *l.* 6. *ff. quod fals. tut. gest.* unde et Plaut. *in Asinar.* non inepte dixit: *vetus est, nihili cautio est.* Incommodum autem ex cautione est, quod saepe quis variis litibus super cautione ipsa intricetur, quod fidejussores itidem possint fieri non solvendo, quod pignora possint interire, et alia plura incommoda hic evenire. Sic itaque apparet, non semper aliquem adigi posse, ut cautione oblata sit contentus, sed aliquando cautionem nullo modo admitti; sed potius alia ratione alicui subveniendum esse. Quaenam autem talia negotia sint, una regula definiri nequit, sed ex ipsis causae circumstantiis, jam jam tangendis, erit definiendum.

§. 9. Ut autem ordine procedamus, statim negotia ipsa distinguimus: quaedam enim cautionem quidem admittunt, sed non omnem speciem; quaedam plane omnem cautionem respuunt. In illis, quae certam tantum speciem cautionis admittunt, hanc regulam puto ponendam esse: *Quoties certa species cautionis ex lege vel promissione debetur, toties regulariter alia non admittitur.* Primo videamus de cautione ex promissione debita, veluti si quis in contractu promisisset cautionem per fidejussores, et cum horum particeps fieri haud posset, pignora offeret, non erit audiendus; saltim, ut invito creditori eadem obtrudi non possint. Licet enim cautio, quae per pignora constituitur, aeque idonea videatur ac fidejussoria, tamen in promissione speciali aliter praecise ad illam speciem, quam promisit, obligatur, praesertim cum regulariter aliud pro alio invito creditori obtrudi non possit, *l.* 2. §. 2. *ff. de reb. cred.* et obligationem semel constitutam sibi immutat, aliter compelli nequeat. Mev. *p.* 6. *decis.* 57. Sic quoque ex hoc eodem fonte fluit alia decisio, quod qui ex promissione speciali fidejussoriam cautionem debet, non audiendus sit, si deponere velit pecuniam, quia mutatio cautionis invito creditore fieri nequit. Mev. *p.* 3. *dec.* 238.

§. 10. Idem quoque dicendum est, si ex lege praecise fidejussio praestanda sit, uti in praetoriis stipulationibus contingit, et in specie in cautione rati, a proximis consanguineis praestari solita, ubi de jure civili certum est, quod juratoria vel alia cautio non admittatur. *l. exigendi* 12. *c. de procur. l. Pomponius* 40. §. *fin. ff. de procur.* Zanger. *de except. p.* 2. *c.* 8. *num.* 39. Carpz. *lib.* 3. *resp.* 7. *n.* 13. Lauterbach. *de caut. rati* §. 5. quamvis hodie receptum esse velint, posse etiam pignoribus caveri. Zanger. *cit. l.* Lauterb. *cit. l.* ut tamen nec juratoria admittatur. Martin. *in process. sax. tit.* 7. §. 2. *n.* 19. Nam etiam in his casibus, ubi alteri ex lege praecise fidejussoribus cavendum, alteri jus est quaesitum, nec ibidem ei aliud pro alio obtrudi potest, uti plenius probat Francus *de fidejuss. c.* 4. *concl.* 7. *n.* 143. *seq.* Hering. *de fidejuss. c.* 18. *n.* 68. *seqq.* Sed tamen hic facilius, ac quidem in priori, alia cautio admitti potest, si scilicet impossibilitas cautionem praestandi per fidejussores manifesta sit, *lex enim*, ut apprime ait Mev. *p.* 6. *dec.* 57. *n.* 8. *uti neminem ad impossibilia adstringere vult, ac ideo inanis esse, quod cautio alteri impossibilis, ita tacite eam conditionem in exigenda cautione praestanda continet, si praestari possit, alias ad pignora vel depositum deveniri sinit.* Sic quoque cautio juratoria aliquando quidem admittitur, sed subsidiaria tamen est, nec aliter admittitur, quam ubi aliter cautum esse nequit. Contard. *in l. un. c. si de moment. poss. qu.* 23. *n.* 11. *seqq.* Mev. *p.* 9. *decis.* 42.

§. 11. Verum propero ad casus illos, in quibus nulla plane cautio admitti potest, ubi generalis haec formari

potest regula: *quoties per cautionem praestitam alteri securitas nulla praestari potest, sed nihilominus grave periculum adhuc superest, toties nulla cautio admitti debet.* Regula haec, sicuti in sana ratione fundatur, ita nulla uberiori indiget explanatione. Est enim cautio satis fragilis, atque adeo, si tollere periculum, ob quod praestatur, non possit, inhumanum foret, sub cautione accepta aliquem velle maximo periculo exponere. Ita enim cautio est inanis, nec finis ab altero intentus obtineri potest, de quo, ut plenius constet, res per exempla declaranda.

§. 12. Incipiamus a societate conjugali, ubi saepe contingere solet, ut ob male concordatum matrimonium, quod forsan maritus saeviat in uxorem, cautio ab altera conjuge exigi soleat, adeo ut re quidem deveniri possit ad separationem quoad thorum et mensam, si conjux justas causas reprobandi cautionem non habeat. Nicol. *de divort. p.* 2. *c.* 4. *n.* 58. Carpz. *jurisp. consist. lib.* 2. *def.* 259. Sed quamvis hoc admittere possimus, ubi maritus simpliciter conjugem male habet, gravior tamen oritur ratio dubitandi in casu, si insidiae vitae structae fuerint, propter quas concedunt separationem quoad thorum et mensam. Imo eosque procedunt dd. ut existiment, ne quidem statim ad separationem quoad thorum et mensam hoc casu procedi posse, si maritus cautionem de non offendendo praestare possit, Carpz. *cit. l def.* 218. *n.* 12. quo etiam respiciunt decreta a Carpzovio subjecta et his verbis concepta, *dass Klaegerin ihren Ehemann, ehe und zuvor er ihr genugsamen Vorstand, Sie an ihren Leib und Leben nicht mehr zu gefaehren und mit nothdürfftigen Unterhalt zuversorgen, bestellet, beyzuwohnen nicht schuldig.* conf. Nicol. *de divort. p.* 2. *c.* 4. *n.* 41. Beust. *de matrim. p.* 2. *c.* 9. Verum qui talia asserunt, in ea maxime haerent opinione, quasi totale divortium ob insidias vitae structas haud sit permissum, quam sententiam, licet eam Carpzovio plurimi foveant, tamen contra eos contrarium invictis argumentis defendit dn. Praes. *diss. de divort. pp. insid. vita struct.* et in *tr. de dist. spons. sect.* 5. §. 9. *seqq.* Conf. Bruckner. *in decis. matrim. c.* 18. *n.* 20. Brunnemann. *in jurispr. romano. germ. m.* 1. *disp.* 12. §. 35. *sub lit. b.* Kitzel. *synops. matrim. c.* 8. *theor.* 6. *liti.* Quomodo enim potest uxor conjugi imposterum fidere, a quo semel per insidias in extremum vitae periculum deducta fuit, licet vel centum fidejussores dederit, et omnia sua et totius civitatis bona oppignoraverit. Cautio certe animum ejus malevolum et ad occidendum paratum et promptum haud mutare potest, praesertim cum semel malus semper praesumatur talis in eodem genere delicti. Equidem Carpz. *cit. def.* 218. *n.* 4. pro se (a) allegat *c. ex transmissa.* 8. *x. de restit. spoliat.* ubi Pontifex ita: *mandamus, quatenus si vobis constiterit, quod praefata mulier praedicto militi legitime desponsata fuisset, et ab eo cognita, ipsam ei restitui facialis, recepta tamen sufficiente cautione, quod illi non debeat aliquod malum inferre.* Ast incivile est judicare velle, nisi tota lege inspecta, si enim verba textus sequentia conferantur, alia forsan decisio obtinebit, scil. quod plane cautio admitti in casu praesenti nequeat. Ita enim pergit pontifex: *si autem capitali odio ita mulierem vir prosequitur* (non autem potest esse capitalius odium, quam si insidiae vitae structae fuerint) *quod merito de ipso diffidat et eum habeat suspectum, alicui probae et honestae mulieri usque ad causae cognitionem seu decisionem committatur etc.* Idem probatur in *c. literas x. de restit. spoliat.* ubi pontifex *in f.* ita: *si tanta sit viri saevitia, ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri, non solum debet illi restitui, sed ab eo potius amoveri.* Qualis vero securitas possit praestari conjugi, cui re ipsa jam insidiae structae, et quae per conjugem jam in extremum vitae periculum ejt conjecta? et tamen Carpzovius *lib.* 2. *def.* 220. contendit, quod praestita cautione partes ad cohabitandum compelli et adigi possint, id quod certe ad hunc casum applicari nequit, ne quidem ex juris canonici sententia. Deinde (b) deducit argumentum ex variis aliis cautionum speciebus, quae in jure circa res et bona patrimonialia receptae sunt, et inde *n.* 9. *cit. def.* 218. concludit: *non certe animadvertere possumus, cur denegande sit cautio in casu matrimonii conservandi, idque tanto minus, quanto majoris momenti haec causa habetur.* Sed revera argumentum hoc est a diversis ad diversa: quod in bonis matrimonialibus hinc inde cautiones pro securitate admittantur, rationem habet, quoniam tam reparabile damnum ibi nullum metuendum, uti quidem in casu, ubi damnum grave certo imminet, in bonis matrimonialibus cautio admittitur, uti in seqq. videbimus.

§. 13. Evidentius exemplum occurrit in tutoribus et curatoribus, quos semel ut suspectos judex compertus est, et fraudulenter administrantes, etiamsi enim vel maxime satis offerant, nihilominus removendos esse a tutela, censuere leges, addita hac ratione duplici a) quia *satisdatio tutoris propositum malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem praestat.* §. 12. *i. de susp. tut. l.* 6. *ff. eod.* semel enim malus semper praesumitur talis, et mores aegre deponuntur; unde notanter quoque in *l.* 21. §. 8. *ff. de fid. et cur. dat,* dicitur, quod *neque facultates, neque dignitas ita sufficiens sit ad fidem, ut bona electio vel voluntas et benigni mores,* ut enim fidere homini possimus, id ex moribus ejus aestimandum. b) *quia expedit pupillo, rem suam salvam fore, quam tabulas rem salvam fore cautionis habere. l.* 3. *ff. de susp. tut.* Neque obstat, quod fraude apparente removeri possit, haec enim saepe callide tegitur, ne judici vel cognatis vel honorariis innotescere possit. Dn. Joh. Sam. Strick. in *not. ad* §. 12 *j. de susp. tut. verb. diutius grassandi.* Neque haec asserta tunc demum locum habent, si hactenus plane non satisdedit, et tutelam jam administravit, sed etiamsi nihil gessit, et demum administrationem suscipere velit, alia autem ratione suspectus sit, veluti ex vita anteacta et male administrata tutela alia, nam etiam sic potius excludendus, quam sub cautione admittendus. §. 8. *j. de supt. tut.* quia turpius ejicitur, quam non admittitur hospes, *c.* 28. *x. de jure j.* et melius est intacta jura servare pupillo, quam post vulneratam causam remedium quaerere. *l. f. c. in quibus caus. restit. in integr.* Patet hoc tunc ulterius ex eo, si plures in solidum dati fuerint tutores, et malint, ut tutela per unum quam omnes administretur, tunc quidem is, qui satisdare reliquis paratus est, contutoribus praeferendus videtur. §. 1. *j. de satisdat. tut. vel cur.* Sed hoc non aliter, quam si persona ad satisdandum parata haud suspecta fuerit. *Quid enim,* ait Jctus *in l.* 17. §. 1. *de testament. tut. si*

suspecta persona sit, vel turpis, cui tutela committi nec cum satisdatione debeat, vel quid si jam multa flagitia in tutela admisit nonne magis repelli, et rejici a tutela, quam solus administrare debeat?

§. 14. Ut a thesi ad hypothesin progrediamur, notum est, quod de jure novo debitores vel creditores pupillorum minorum aliorumve, qui in cura sunt, tutores vel curatores esse prohibeantur. *nov.* 72. *auth. minoris. c. qui dare tutor. vel cur. poss.* Accidebat enim plus simplici vice, ut tutores curatores creditoresve documenta supprimerent, quibus defendi poterant pupilli, et removerent chirographa, quibus agere poterant, hinc summa providentia constitutum, ut tales plane a tutela suscipienda sub dispendio juris sui arcerentur. Quod si pendente jam curatela extra casum administrationis tutor adversus pupillum obligationem acquisierit, eo casu adjungendus est aliquis tutori, non vero absolute removendus. *nov.* 72. *c.* 2. Verum quid si tutor debitor cautionem praestare paratus esset, utrum haec recipienda, et an ita satis pupillo cautum sit? Quod non arbitror, partim quia nulla cautio impedire potest, ne subtrahat documenta, in quibus omnis vis probandi consistit, et ipsa subtractio saepe, imo plerumque, tam recte fieri potest, ut non facile innotescat. Imo si cautionem offert, eo ipso satis suspectus est, nam et tutelam tamquam onus ambit, et cautionem, quae itidem gravat, offert, et sic merito eo magis repellendus. Possunt ergo hic quoque applicari verba Symmachi ad Theodosium *lib.* 10. *epist.* 30. ubi ita: *melius urbi nostrae consuletis imposterum, si legetis invitos*, Conf. Richter. *ad auth. cit. n.* 8. *seqq.*

§. 15. Cum itaque haec omnia, quae hactenus de tutore suspecto dicta sunt, in naturali ratione fundentur, non dubium est, quin eadem dispositio ad similes quoque casus porrigi et extendi debeat. Sic minus tutum foret, clericum, qui remotionem satis meruit, rursus ad pristinum velle admittere officium, praestita cautione, quae tamen animum vel mores haud mutat, vid. Joh. Goddeus *de sequestrat. poss. pag.* 339. *n.* 21. Perinde enim esset, ac si quis lupum ovili vellet praeficere, sub cautione, quae eo minus hic admittenda, quia agitur de damno animarum irreparabili, ubi praecavendum, ne dominicum gregem antiquus hostis insidiando dilaniet. *c.* 11. *d.* 50. quod damnum nulla cautione reparari potest. Similiter judex, qui dolose hactenus versatus, et fraudulenter justitiam administravit, merito removendus, quemadmodum etiam suspectus recusari potest. Ineptum enim foret, si remotionem vel recusationem suspendere vellemus accepta cautione, quae sic plane nihil operari potest. De similibus simile esto judicium.

§. 16. Transeamus ad alia negotia, in quibus ex eadem ratione cautio admitti nequit, ubi potissimum considerari meretur materia de *procuratoribus*. De his communis est doctrina, quod tam de jure civili quam canonico non possint admitti absque mandato, nec quod hic admitti possit cautio de rato, seu quod principalis omnia sit ratihabiturus, *l.* 45. §. *f. ff. de procurat. l.* 3. §. 3. *judic. solv. c.* 1. *x. de procur. c.* 1. *de appell. in* 6. Mev. *p.* 4. *dec.* 361. *n.* 2. Hiltrop. *in proc. jud. p.* 2. *lit.* 31. *n.* 13. Ingens enim periculum subest, ne nulliter agatur, quod revera fit, si absque mandato actum sit, adeo ut totum judicium perimatur et nullitas insanabilis inducatur, et propterea in omni parte judicii exceptio deficientis mandati opponi potest. *l.* 24. *c. de procur.* imo etiam post sententiam. Fab. *in c. lib.* 8. *tit.* 23. *def.* 40. et in ipsa executione. Gail. 2. *obs.* 107. *n.* 4. Nunquam itaque is, qui alterius nomine agit, adversarium praestita cautione rati securum reddere potest, ne judicium fiat elusorium, quia nec in ejus potestate simpliciter positum est, id efficere, ut principalis factum hujus procuratoris mandato destituti ratihabeat, neque praesumptio est, quod illud sit ratihabiturus, si forsan contra procuratorem judicatum fuerit. Neque potest ejus asserto fidem habere, si contendat, sibi mandatum esse, quia id in facto consistit, neque adeo praesumitur. Mascard. *de probat. concl.* 1006. *n.* 8. Menoch. *lib.* 2. *praes.* 33. *in pr.* Atque in hoc omnium fere judiciorum praxis conspirat, seu variis ex ordinationibus probat Martini *ad process. saxon. tit.* 7. §. 1. *n.* 10. *seqq.*

§. 17. Equidem Anton. Fab. *in c. lib.* 2. *tit.* 6. *de procur. def.* 10. *n.* 2. existimat, de jure civili cautionem rati admissam fuisse, atque adeo in hoc passu hodie juri communi derogatum esse, quam sententiam probare nititur *ex l.* 27. *pr. ff. de procur.* ubi haec verba occurrunt: *sed haec ita, si mandato domini procurator egit. Caeterum si mandatum non est, cum neque quicquam in judicium deduxerit, nec jure comprobasti, quae invito te acta sunt, tibi non praejudicant.* Verum nec quicquam ex hoc textu infertur. Hoc quidem certum est, in hoc textu supponi casum, ubi procurator absque mandato admissus est, sed non determinatur, an sub cautione admissus fuerit, neque disponitur; quod sub tali cautione admitti possit, sed potius, quod *de facto* admissus sit, et sic actum frustraneum egerit. Neque contrarium evincitur ex *l.* 40. §. 1. *seqq. de procur.* nam, uti contextus docet, ibi agitur de eo, qui reum defendit, non de eo, qui agit nomine alterius. Jam autem defensor facilius sub praedicta cautione admitti potest, cum reus necessario debeat defendi, sed actio non est adeo necessaria, quod igitur singulariter defensori concessum, ad actoris procuratorem applicari non potest. Eadem responsio applicanda ad *l.* 46. §. 2. *eod.* ubi itidem de defensore sermo est. Major ratio dubitandi oritur ex *l.* 1. *c. de procur.* ubi generaliter dicitur: *cautio ratihabitionis tunc exigitur, quoties incertum est, an ei negotium mandatum.* Verum non determinatur in textu, an hoc sit intelligendum de actoris procuratore, an rei defensore, neque simpliciter loquitur textus de omni procuratore, sed de eo, ratione cujus *incertum est*, h. e. ubi quidem adsunt quaedam praesumptiones, quod habere possit mandatum, veluti si omnia acta et documenta ad causam pertinentia secum habeat, si sit ex conjunctis, et hoc in casu quidem mandatum praesumitur, sed tamen adhuc incertum manet, utrum ipsi mandatum sit, et propter hanc incertitudinem admittitur cautio de rato, atque adeo in hoc textu adest exceptio a regula. Conf. Brunn. *ad cit. l.* 1. et Lauterbach. *de caut. rat. a conjunctis praestari solita.*

§. 18. Alia ratio est, ut dictum, in iis personis, quae mandatum habere praesumuntur, quae admittuntur sub cautione *l.* 1. *c. de proc.* quales potissimum sunt conjuncti pro conjunctis agentes. *l* [illegible] *c. eod. l.* 35. *pr. ff. eod.* Lauterbach. *cit. diss.* §. 6. *seqq.* et consortes ejusdem litis. *l.* 1. 2. *c. de consort. ejusd. lit. etc.* Verum hoc non est universale, sed in variis ca-

sibus ne quidem ab his personis cautio de rato admittitur, veluti (1) si aperte de contraria voluntate constet, *l.* 40. §. *ult. de procur.* ibi: *sed ne contraria voluntas probetur, quamvis de rato offerant cautionem*, quo pertinet, si principalis alium procuratorem jam constituit, quia exinde satis de contraria voluntate constat. Nihil enim prodesset cautio, cum statim appareret, nihil actum iri (2). Si praesumptio in contrarium adsit, sic si minor conjunctus vellet suscipere procuratorio nomine causam conjunctae personae sub cautionem rati, non foret admittendus, cum non praesumi possit, conjunctum principalem voluisse causam suam committere minori. Lauterbach. *cit. diss.* §. 23. *in f.* (3) Si quis pro tali conjuncta persona judicium suscipere velit, quae actum gestum ratihabere non potest. Qui enim expresse non possunt verum constituere procuratorem, illi quoque nec ratihabere possunt, quod eorum nomine gestum, veluti infantes, furiosi etc. Quomodo enim efficere potest procurator sua cautione, principalem omnia ratihabiturum esse, qui nihil ratihabere potest, id quod revera absurdum foret, Struv. *ex.* 7. *th.* 28. Schwendendorff. *ad Fibig. process. p.* 1. *c.* 2. *membr.* 3. §. 6. *reg.* 8. *num.* 149. Lauterbach. *cit. diss.* §. 24. (4) si causa talis sit expedienda, quae requirat mandatum speciale. Cum enim in hisce nec verum mandatum generale sufficiat, multo minus sufficit praesumptum, neque cautione de rato hic defectus suppleri potest, quia negotia speciale mandatum requirentia talia sunt, ut ingens praejudicium in se continent, in quibus haec cautio insufficiens videtur. *l.* 25. §. 1. *l.* 27. *pr. ff. de minor.* Franzk. *ad tit. de proc. n.* 19. Zanger. *de except. p.* 2. *c.* 8. *n.* 38. Mev. *p.* 8. *dec.* 391. *et seq.* Setser. *de juram. lib* 3. *c.* 3. *n.* 100. Barbosa *ad l.* 1. *c. de procur.* (5) specialiter circa affines observandum, quod dissoluta affinitate cautio rati non amplius admittatur, sed verum mandatum requiratur. dn. Praes. *in v. m. ad tit. de procur. in f.*

§. 19. Occasione mandati praesumpti dd. etiam de syndicis quaestionem moverunt, an hi etiam aliquando admitti possint sub cautione rati, si mandato destituantur, veluti si membrum civitatis nomine civitatis agere velit? posset enim comparari litis consortibus, qui sub cautione admittuntur mandato destituti. Atque in hanc sententiam transit Carpzov. *decis.* 205. Sed ab hoc recedunt Lauterbach. *cit. diss.* §. 21. *et concl. for. ex.* 11. *th.* 13. Esbach. *in Carpz. p.* 1. *c.* 1. *def.* 29. *n.* 5. Schilter. *in prax. juris rom. ex* 10. §. 68. *seqq.* negantes syndicos tales, licet de membris universitatis sint, posse dici litis consortes, quippe qui magis ut singuli considerantur et agunt, cum contra, qui nomine universitatis agit, non singulorum, sed omnium collective sumptorum nomine agere censendus sit. Haec ratio Schilteri admitti potest, quatenus singulorum civium particulare et proprium interesse non simul concurrit, nam tunc ex ratione praedicta expeditum est, cautionem rati non esse admittendam. Verum cum contingere possit, ut causa universitatis in judicium deducenda simul concernat interesse singulorum membrorum illius universitatis, v. g. si de jure pascendi quaestio mota fuerit, hic sane singula membra universitatis non inepte cum consortibus litis conferri et ita sub cautione rati admitti possunt. dn. Praes. *in v. m. ad tit. quod cujusvis univ. nom.* §. 7

§. 20. Cum vero nonnunquam procuratoribus dari soleat charta blanca, cum in finem, ut accipiens mandatum pleniss̃ime eidem inscribat facile apparet, talem chartam vacuam non sufficere ad mandatum probandum. Annon vero, qui pro legitimatione sua ejusmodi chartam blancam producit, admitti sub cautione ad minimum possit? Id quidem itidem non existimo, praesertim in iis judiciis, ubi solo nudo mandatum et quidem plenum requiritur. Rationes optime exposuit Christianus II. elector Saxoniae *in der Appellat Ordnung wegen des Versetzens*, ubi ita: *Demnach die Advocaten und Anwald offtmals nur die blossen überschickten blanqueten anstatt der Vollmachten in Saetzen produciren, dieses aber ein gantz gefaehrlich Thun sintemal ein blanquet leichtlich von denen Acten kommen, und zu andern Sachen, wie man wohl erfahren hat, böszl. gebraucht werden kan, so soll dieses bey Straffe abgeschaffet und verbothen seyn*, quae prohibitio etiam passim in aliis ordinationibus processuum sanxita legitur. Qua posita prohibitione cautio erit insufficiens ad legitimandam personam procuratoris, cum periculum nullitatis, quod metuitur, nullo modo per hanc cautionem tolli possit. conf. Berlich. *p.* 1. *concl.* 14. *n.* 91. Carpzov. *p.* 1. *c.* 1. *def.* 28. *et in proc. tit.* 5. *art.* 1. *n.* 110.

§. 21. Decantata etiam in jure est cautio de non offendendo a minitatore praestanda, et eo dirigenda, ut minitator non solum ipsum minitatum, sed et familiam ejus offendere nolit. Carpzov. *p.* 4. *c.* 15. *def.* 5. Farin. *pract. crim. p.* 3. *q.* 107. *n.* 25. Mev. *p.* 4. *decis.* 19. Petrus Frider. *de mand. lib.* 2. *cap.* 35. quod etiam in jure criminali Carolino *art.* 176. satis cautum reperitur, hoc modo, ut talis persona suspecta tamdiu incarceranda sit, donec securitatem sufficientem adversario suo praestiterit, vel per fidejussores, vel pignora, pro arbitrio judicis, qui inprimis cautionem pro ratione minarum et qualitate personarum temperabit. Carpzov. *cit. l. def.* 6. Mev. *p.* 3. *decis.* 55. *n.* 6. Equidem id sine dubio tunc quidem admittendum esse arbitror, ubi periculum vitae non simul imminet, neque minae a tali factae, qui propter ferociam mentis illas facile exequi et solet et potest; ast supposito casu contrario, dubito, an cautio de non offendendo ab ejusmodi ferôci minitatore recipi possit, quae ejus malevolum animum mutare non potest, ut desistat a pessimo suo proposito, atque adeo alter nullam securitatem in praestita cautione habere potest. Neque de hoc casu loqui videtur *cit. art.* 176. ubi ita disponitur: *Solchen künfftigen unrechtl. Schaden vorzukommen, soll dieselbe unglaubhafftig boshafftige Person in Gefaengniss als lang, biss nach Erkaentnis desselben Gerichts gnugsame Caution, Sicherung und Beystand für solche unrechtl. thaetl. Handlung thut, durch die Schöppen rechtl. erkannt werden*, quae verba (*a*) praesupponunt casum ubi per cautionem alteri potest securitas praestari, (*b*) totam rem committunt arbitrio judicis, qui de eo, an alteri possit per cautionem securitas praestari, judicare debet, (*c*) judicant simul, eum ex carcere non esse dimittendum, si non possit idoneam praestare cautionem, quod confirmatur *jure lubec. p.* 4. *tit.* 16. *art.* 6. ubi elegauter dicitur: *kan er keine Bürgen haben, so muss er selber Bürge*

werden. Quia autem paria sunt, cautionem non offerre et insufficientem offerre, quae scil. talis est pro ratione ineptitudinis periculi quod imminet concludo, cautionem tunc non esse admittendam, si per illam alterius securitati consuli non potest, sed potius ministratorem carcere perpetuo retinendum esse. conf. Mev. *ad jus lub. cit. l. n.* 17.

§. 22. Quando aliquid aedificatur in alterius praejudicium, paratum remedium impediendi ejusmodi structurum est nunciatio novi operis, quae quidem de jure digestorum remittebatur, si is, cui nunciatum erat, satisdaret, repromitteretve, quae cautio olim necessario erat accipienda, *l. 5. §. 17. ff. de oper. nov. nunc.* adeo, ut in aedificando ulterius impediri non posset. *l. 20. §. 9. eod.* quoniam satis nuncianti consultum videbatur, ut dicitur *in l. 21. §. 1. ff. eod.* Verum in codice *per l. un. c. eod.* recessum videtur ab hoc jure, saltim ut non indistincte cautio admitti possit. Grave enim visum fuit, permittere sub cautione operis continuationem, quae semel perfecto, difficulter sane ejus restitutio vel demolitio obtineretur cum alterius maximo praejudicio. Inde disposuit Justin. ante omnia de jure aedificandi inquirendum esse, et litem tres intra menses dirimendam, quo spatio cautio non admittitur. Si autem decisio propter intervenientem ambiguitatem longiorem tractum desideret, tunc quidem post tres menses cautio fidejussoria admitti potest. Idem fere dispositum legimus in jure canonico *c. pen. et f. x. de nov. oper. nunc.* ubi itidem in casu proposito disputatum fuit, an cautio esset admittenda, quae in prima instantia erat rejecta, in altera admissa, tandem, causa ad Pontificem delata, confirmata fuit prior sententia, rejecta cautione. Idem definivit pontifex *in c. f. cit.* ibi: *non obstante cautione de opere destruendo.* Tunc itaque non est juxta horum textuum sententiam cautio admittenda, quando nuncians non vult admittere cautionem, sed statim probare, alteri jus non esse aedificandi. Gonzalez. *ad cit. c. f. in f.* et sic quoque in camera observari tradit Gail. 1. *obs.* 16. *n.* 17. ut ante tres menses non teneatur nuncians acceptare cautionem oblatam. conf. Moller. *lib.* 1. *semestr. c.* 44. Fachin. *lib.* 8. *enchr.* 48. Petr. Frider. *de proçess. lib.* 2. *c.* 31. Et in genere cautio talis non admittenda, si grande et irreparabile damnum inde nunciato imminent, ut si quis tempore belli arcem prope civitatem aedificaret, in quo hostis se recipere posset. Hahn. ad VVes. *h. t. n. f.*

§. 23. Potissimum vero in criminalibus cautio non facile admittenda, quo gravius periculum ibidem imminet. Et quidem si reus sit incarceratus, et poena corporalis infligenda eidem veniat, nulla cautio a judice admittenda est, etiamsi reus mille fidejussores dare paratus sit. Menoch. *de arb. jud. quaest. cas.* 303. *n.* 15. Farin. *in pr. crim. tit. de carcer.* Oldekop. *obs. crim.* 4. *tit.* 3. *n.* 1. Hering. *de fidejuss. c.* 10. *n.* 408. neque enim ulla hic adest in cautione securitas, cum fidejussor se non possit obligare ad poenam corporalem, si reus aufugeret, et sic revera inquisitio in effectu esset frustranea. Sunt tamen aliquot hic notandae limitationes, in quibus cautio admitti potest, de quibus videndus est Hering. *cit. l. n.* 417. *seqq.* Quod si autem in fuga sit, tunc quidem salvus conductus sub cautione facilius dari solet, sed tamen ibidem non aliter, quam si constet, adhuc aliquam defensionem eidem patrocinari posse. Ubi autem delictum manifestum et notorium est, ibi sicuti nullus salvus conductus, ita quoque nec ulla cautio admitti et recipi potest. Carpzov. *pr. crim. qu.* 112. *n.* 30.

§. 24. Facilius in criminibus, quae tantum poena luuntur pecuniaria, cautio admitti potest, ut a carcere relaxetur. Hering. *de fidejuss. c.* 10. *n.* 382. Mev. *p.* 3. *decis.* 97. Sed tamen etiam hic dd. nonnullos casus conglomerare solent, ubi cautio rejicitur, quales recenset Herin. *cit. l. n.* 385. veluti (1.) si carceratus esset confessus et convictus, quia ita instat condemnatio, (2.) si jam antea semel ex carcere aufugisset, quod ita per fugam beneficium hoc amisisse videatur (3), in crimine falsi, pro quo licet saepe pecuniaria poena imponenda veniat, tamen propter enormitatem non liberatur ex carcere, vid. Oldekop. *cit. l. n.* 10. Hering. *cit. l. n.* 399. *etc.*

§. 25. Verum etiam ob alias rationes cautiones haud admittendae sunt. Unde novam nunc constituo regulam: *cautio non est admittenda, quando id, quod cautione praestito faciendum est, juri contrarium est et prohibitum.* Revera enim ita cautio fieret vinculum iniquitatis, et posset in alterius summam vergere praejudicium, aliique injuriam inferre. Solent non raro improvidi judices hic perniciose errare, qui faciles sunt in decernendis arrestis periculo petentis, modo petens arrestum cautionem praestet de indemnitate judici servanda; quo ipso tamen arrestato summa infertur saepe injuria, et judex iniqua decernit arrestum, qui tamen non aliter, quam justa de causa et praevia causae cognitione debeat arrestum decernere. Rem in compendio eleganter deliuearit. Mevius *part.* 7. *decis.* 85. ubi *num.* 6. ita disserit: *Erroneum est, quod quidam sibi imaginentur, praestita cautione a judice arresta denegando non esse, seu ab eo non examinandas causas, ob quam petuntur, circumstantias. Ad illam speciem pertinet cautionis praestatio, ubi dubium est; an arrestum locum habeat; minime vero, ut judex caeco impetu personas vel res aliorum indebite detineat, modo ipse ex cautione securus sit. Est hoc alienum a judicantium officio, qui non debent nisi omnibus exacte perpensis de jure, et justo statuere. Incumbit iis arresta injusta, si seducti decreverint, statim, ubi iniquitas apparet, revocare, multo minus debet sub clypeo cautionis imponere, ubi providere potuit et debuit esse injusta nec substituta. Contrariatur judiciorum rationi, in quibus nonisi, quod juri convenit, debet statui. Repugnat justitiae, injuriam ex quacumque ratione alicui inferre. Nec cautio potest injustum reddere justum, aut mutare justitiae rationem. Iati tribuere, ut quis injustum consequatur, et alii injuria fiat, nihil aliud est, quam malitiis indulgere, et calumniis nocentissimis licentiam dare. Haud convenit injuste petere, si fiet, officium judicis est, iniquas petitiones statim repellere, non iis fomentum vel auxilium praebere.* Eandem injustitiam et praecipitantiam saepe committunt judices in criminalibus, quando specialem inquisitionem et incarcerationem ad solam alicujus instantiam et periculo ejus, recepta cautione de indemnitate, decernunt, cum tamen ante omnia constare debeat de corpore delicti. *l. 1. §. 24. ad sct. syllan.* et de delicti gravitate, cum ne quidem in omnibus delictis incarceratio

adhiberi debeat, ut taceam, judicem absque indiciis ad incarcerationem procedere haud posse. Annotavit hunc abusum dn. Brunnemann. *in der Anleitung zu vorsichtiger Anstellung des Inquisitions Processes* (quae in Pomerania authenticam accepit auctoritatem) *c.* 3. §. 13. ajens: *Es hat sich aber ein Richter zu huten, dass er nicht zu geschwinde damit verfahre, und et was auff blosses Verlangen des Denuncianten darzu schreite. Denn obl gleich dieser den Richter schadloss zu halten versprechen möchte, wird es ihn doch nicht mehr entschuldigen, wen er etwas widerrechtl, vornimmt, als derjenige zu entschuldigen, welcher auff eines andern Befehl und Schadlosshaltung einen Unschuldigen mit Schlaegen tractiret, der doch bekannten Reechten nach eben so hart zu straffen, als derjenige, welcher solches zu thun befohlen, ja es wurde, vann obiges zugelassen, einem begüterten Manne leicht seyn, jemand nach Belieben ins Gefaengniss zu bringen.* Id quod praejudicio Confirmat Carpz. *pr. crim. qu.* 3. §. 30.

§. 26. Nonnunquam etiam cautio alio modo rejicitur, quo pertinet haec regula: *quoties cautio petita est frustranea, toties rejicitur.* Judex itaque non debet statim de cautione, quam saepe frivole adversarius petit ad actorem fatigandum, decernere aut statuere, sed desuper alterum audire, et sic caute hic versari, ne alterum inique gravet. Mev. *p.* 6. *decis* 124. Sic solent ut plurimum statim rei ab actoribus petere cautionem pro refundendis expensis et reconventione, quae si frustratoria est, statim rejicienda. Illustrabo hoc ipsum verbis Mevii, qui *part.* 2. *decis.* 26. *num.* 4. ita disserit: *Cautio locum habere non debet, ubi judici statim apparet, exceptionem satisdationis frustratoriae opponi magis pro vexando adversario et differenda lite, quam ex quadam necessitate: ut enim securitati litigantium providendum est contra adversarios, ne litibus frivolis vexentur, et reconveniendi copia sit, ita vicissim non indulgendam, ut qui non injuste reos conveniunt, per exceptione frivolas et onera supervacua suspendantur. Quod cavendum maxime, si opposita satisdationis exceptione judex prospicit, etsi actor succumberet, tamen ob justam litigandi causam in expensas haud fore condemnandum, nec de causa, cur reconveniatur, quia eam reus non nominat, apparet etc.* Sic quoque si adhuc disputatur super fori competentia, de cautionibus petitis interim nihil decernendum, antequam de competentia constet. Ubi enim judicium nullum futurum, frustranea esset cautionis praestatio. Mev. *p.* 2. *decis.* 7.

§. 27. Porro cautio non admittitur, *quoties nimis sero et re non amplius integra offertur*, quod tunc inprimis contingit, si alteri jam firmum jus sit quaesitum, quod oblata nunc demum cautione eidem auferri nequit. Tale exemplum occurrit in casu, si ob damnum infectum cautio petita et decreta fuit, sic enim necessario debet praestari, quae per contumaciam non praestita, decernitur missio ex primo decreto. *l.* 4. §. 1. *seqq. de damn. inf.* et post aliquod intervallum, judicis arbitrio determinandum, sequitur missio ex secundo decreto. *l.* 15. §. 21. *ff. eod.* quae operatur verum dominium immisso. *l.* 15. §. 33. *eod. l.* 1. *ff. de fundo dotal.* aut usucapiendi conditionem, si is, in cujus aedes missio decreta, dominus non fuit. *l.* 5. *pr. l.* 15. §. 16. *eod.* et hoc casu cautio non amplius admittitur. Ita enim Jctus in *l.* 15. §. 33. *eod. posteaquam autem quis possidere jure dominii a praetore jussus est, nequaquam locus erit cautionis oblationi*, nam alioquin nullus finis rei inveniretur, ut Jctus addit, alteri enim jus perfectum jam est quaesitum, quod ei cautione oblata auferretur, nis justa causa possit doceri, propter quam restitutio indulgeri possit. *cit.* §. 33. *et l.* 15. §. 22. *eod.* Sic licet alias cautio in criminalibus, ubi tantum poena pecuniaria dictanda est, admittatur, tamen in illo casu rejicitur, quando reus sero h. e. tum demum quando ferenda est sententia, fidejussorem offert. *l.* 2. §. 1. *ff. de custod. et exhib. reor.* Hering. *de fidejuss. c.* 10. *n.* 387. Si quoque res non amplius est integra, ubi solutio de praesenti est facienda, et proinde quamvis arrestum alias relaxetur praestita cautione, tamen arrestum hoc nomine impositum non relaxat cautio, sed realis solutio. Mev. *p.* 1. *dec.* 240. *n.* 3. minus enim offerret, qui loco solutionis cautionem offerret. *id. p.* 2. *decis.* 15. *n.* 3.

§. 28. Denique possunt intervenire casus, ubi quis sibi per pactum de cautione praestanda, alias praestari non solita, prospicere potuisset; id quod si factum non sit, frustra exigitur. Unde ultimo hanc constituo regulam: *quoties per eum, qui cautionem exigit, stat, quominus per pactum sibi ratione cautionis non prospexit, quae alias praestanda non est, merito tunc non potest obtrudi invito.* Imputet enim sibi alter, qui cautionem offerre paratus est, quod sibi eo nomine non prospexerit, cum debuisset hoc facere. Hujusmodi exemplum est in cautione Mutiana, quae in legatis quidem, quae negativam conditionem adjectam habent, et sic legatum interim praestatur, haud vero in pactis et contractibus, ubi sub conditione negativa alteri quid promissum, uti communiter dd. statuunt Gomez. *tom.* 2. *var. res.* 11. *n.* 37. Giphan. *ad l.* 8. *de v. o.* Anton. Faber. *lib.* 2. *conject.* 16 Moller. *lib.* 6. *semestr. c.* 40. Ratio diversitatis haec videtur esse, quod legatum unice dependeat ex dispositione testatoris, non concurrente legatario, qui proinde in conditionem haud consensit, cum tamen interim testator huic voluit per legatum prospicere, hinc hoc intuitu ita est interpretanda ultima voluntas, ut de ejus fruitione realiter gaudere possit, quod non fieret, si cautio non admittatur, quia sic magis haeredes ejus illo fruerentur, ac quidem ipse legatarius, quod voluisse testator non praesumitur, et hoc intuitu cautio Mutiana est introducta. Ast contractus dependent ex duorum voluntate et consensu, hinc dum stipulator simpliciter consensit in conditionem negativam, non alia recipi potest interpretatio, quam quod contrahentes expresse voluerint, expectandum esse eventum conditionis; quia quod debitor contra intentionem suam gravaretur, ubi statim sub cautione praestita solvere promissum deberet, quod magis voluit suspendere ab existentia conditionis, quae ratio cessat in testatore, qui jam defunctus est, et sic gravari nequit. Si stipulator sub cautione promissum sibi praestari voluisset, pacto id comprehendere debuisset, *arg. l. quicquid.* 99. *ff. de v. o.* id quod cum haud factum fuerit, contra eum facienda merito est interpretatio. *arg. l.* 39. *ff. de pact.*

CAPUT II.

De possessione per cautionem non auferenda.

SUMMARIA

Connexio. §. 1.
Commoda insignia possessionis. §. 2.
Commodum possessionis rei alienae. §. 3.
Explicatur l. 25. *ff. de r. j.* §. 4.
1) *De vera possessione non dimittenda ob cautionem.* §. 5.
Exemplum in emptore, quando imminet evictio. §. 6.
Venditor, fide de pretio non habita, non tenetur rem sub cautione tradere. §. 7.
An judex possit libere decernere sequestrum praestita cautione? §. 8.
Quando injusto sequestro possessio non restituenda sub cautione. §. 9.
An res retrovenditione obnoxia sit sub cautione restituenda? §. 10.
Quid juris, si pretium non satis liquidum sit? §. 11.
Quid si melioramenta sint illiquida? §. 12.
Casus de retentione rei propriae in condictione indebiti. §. 13.
Competit quoque jus retentionis in redhibitoria actione §. 14.
De retentione rei alienae non dimittenda. §. 15.
An in debito liquido res sub cautione dimittenda? ibid. §. 15.
Sententia negantium et cautionem excludentium refertur. §. 16.
Decisio et judicium de utraque sententia. §. 17.
Temperamento res decidítur. ibid.
Declaratur exemplo rei vindicationis. §. 18.
Uxor habet jus retentionis. §. 19.
Explicatur jus lubecense in hoc passu. ibid.
An et quatenus conductor non sit expellendus oblata cautione? §. 20.
An pendente controversia, utrum jus retentionis competat, cautio admittenda? §. 21.
In pignore antichretico, quid circa hanc materiam juris? §. 22.
Mevii sententia adducitur. ibid.
Rejicitur Mevii sententia. ibid.
Facti species. ibid.
Quaestio. ibid.
Rationes decidendi. ibid.
Rationes dubitandi. ibid.
Decisio. ibid.
An res feudalis sit sub cautione transferenda, si melioramenta sint illiquida? §. 23.
An spolium semper sit restituendum.? §. 24.

§. 1. Postquam hactenus fundamenta ostendimus, quibus declaratum, quod ob varias rationes non semper possit cautio locum obtinere, nunc qui em in hoc capite specialius ex iisdem fundamentis videndum erit, quatenus cautio ad hunc effectum nemini obtrudi possit, ut possessionem rei, quam obtinet, alteri, dimittat, de quo saepe in praxi concertatur, cum nonnunquam ex certis circumstantiis contingere possit, ut jura possessionem sub cautione dimittere jubeant; quae tamen non ubique recte applicantur:

§. 2. Ut autem hac de re eo rectius constare possit, praemittenda ante omnia est utilitas insignis, quae in possessione latitat, qua perfecta facile constabit, an quis jure cogi possit ad commoda suae possessionis dimittenda, si alter cautionem eidem offerat. Esse autem insignia possessionis commoda, ipse imperator *in* §. 4. *de interdict.* asserit, subjiciens, propter talia commoda plerumque esse ingentes contentiones de ipsa possessione. Potest autem possessio duplici modo considerari, vel prout quis rem possidet animo sibi habendi, vel prout possidet rem alienam, et hoc non negat; utriusque possessionis ratio hic habetur, et sic utriusque etiam commoda specialim sunt demonstranda. Priori casu possessor hoc commodi habet (1) quod immunis sit a probatione; et ita transferri debeat onus probandi in adversarium §. 4. *j. de interd.* Mev. *p.* 1. *decis.* 27. *n.* 4. et sic cessante aut deficiente actore in probando, res manet penes possessorem. *l.* 2. *c. de probat. l. f. c. de r. v.* Est enim praesumptio pro possessore, quod juste rem possideat, conf. Carpz. *p.* 1. *f.* 16. *def.* 23. Immo si vel maxime possessor onus probandi, rem suam esse, in se receperit, et in probatione defecerit, tamen in possessione defendendus est, usque dum actor intentionem suam plene probaverit. H. Pistor. *p.* 1. *qu.* 54. *n.* 4. Goeddeus *de sequestr. possess. cap.* 1. *p.* 138. Atque inde concludit imperator in *cit.* §. 4. quod ubi utriusque partis jura obscura sunt, contra petitorem judicari debeat, conf. *c.* 65. *de reg. j. in* 6. Atque hinc quoque est, quod (2) non teneatur edere titulum suae possessionis. *l.* 11. *c. de petit. haered.* cum ex possessione jus ipsum seu titulus praesumatur. Carpz. *p.* 1. *c.* 16. *def.* 23. *n.* 1. alioquin enim reus suggeret actori probationes, qui tamen proprias afferre debet. *l.* 4. *c. de edend.* Sed haec quidem ad regulam spectant, licet aliquando accidere possit, ut possidens probet, de quo vid. dn. Hertius *diss. de quasi possid. probante*, vel etiam ut titulum possessionis edere teneantur, de quo videatur Dn. Praes. *diss. de necessit. edendi titul. possess.* Porro (3) ex hoc ipso fluit, quod in pari causa melior debeat esse conditio possidentis *l.* 128. *de r. j.* quod etiam in delictis locum habet, veluti in pari turpitudine. *l.* 8. *ff. de condict. ob turp. caus.* Sic si eodem tempore separatim pluribus hypotheca in re quadam est constituta, vel etiam conjunctim pluribus, sed singulis in solidum, possessoris conditio melior. *l.* 10. *de pignor. l.* 10. *l.* 16. §. 8. *ff. eod.* Potissima vero utilitas (4) in eo consistit, quod interim percipiat fructus, unde vulgatum illud: *beati possidentes.* Carpz. *p.* 2. *decis.* 118. *n.* 15. et propter haec commoda nemo ordinarie invitus possessione sua privandus est. *c.* 5. *x. de restit. spoliat.* Carpz. *p.* 1. *decis.* 93. *n.* 14. quia alioquin spolium committitur, et ita spoliatus ante omnia restituendus. Carpzov. *lib.* 1. *resp.* 2. Omitto caetera commoda, quae per se satis nota sunt, cum sufficiat, potiora indicasse.

§. 3. Sic etiam non minima utilitas eum sequitur, qui res alienas possidet, nec hoc diffitetur, veluti qui rem ex locato, pignore, tutela etc. tenet, nam gaudet

hoc casu jure retentionis, quod insignem favorem in jure habet, cum fundetur in aequitate naturali, et sic favorabilior et commodior sit ipsa petitione *l. 4. c. de usur. l. 77. pr. ff. de leg.* 2. Vultej. 3. *cons. marp.* 34. *n.* 163. *et cons.* 18. *n.* 265. Faber. *in c. lib.* 2. *tit.* 33. *def.* 2. *n.* 6. et facilius possidenti datur retentio, quam non possidenti actio *l. 1. ff. de pignoribus*; neque qui petere prohibitus est, statim etiam retinere prohibitus censetur, cum ordinarie facilius detur exceptio quam actio, Freundenberg *de rescript. morat. tit.* 9. *concl.* 53. *n.* 3. *seq.* hinc etiam contra rem judicatam sententiaeque executionem conceditur, cum illam haud impugnet. Id. *cit. l. n.* 7. Praeterea praestat securitatem ratione crediti instar pignoris cujusdam et praebet rationem facilius suum consequendi. Mev. *p.* 2. *dec.* 16. *n.* 6. unde etiam in jure quasi pignus dicitur. *l.* 13. §. 8. *de act. e. v.* aut pignoris loco. *l.* 31. §. 1. *de edict. aedilict. l.* 15. §. *f. de furt. l.* 2. *c. de pign. act.* Quin uxor adhuc pinguius jus ex retentione consequitur, quam habet in bonis mariti, donec dos ei fuerit soluta, dum interim alimenta ex illis capit. Neguzant. *de pign. p.* 8. *membr.* 4. *n.* 5. Myns. *cent.* 6. *obs.* 45. *et* 48. Carpz. *lib.* 4. *resp.* 20. *n.* 10. *seqq.* conf. Mev. *p.* 7. *decis.* 138. ubi de quantitate alimentorum disserit. Scilicet fruitur bonis ad indigentiam et necessitatem, donec plene ipsi satisfactum sit, Berlich. *p.* 2. *concl.* 32. *n.* 21. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 12. *et p.* 1. *decis.* 69. *n.* 16. Thesaur. *dec.* 44. Riccius *coll. decis.* 98. Mev. *ad jus lubec. lib.* 1. *tit.* 5. *art.* 13. *n.* 46. *seqq.* ut taceam alia commoda, quae a Molignato. *de retent.* et Lauterbach. *diss. de retent.* aliisque ex professo sunt exposita.

§. 4. Summatim totam rem explicat eleganter Pomponius *in l.* 25. *ff. de r. j. plus cautionis est in re, quam in persona.* Mirifice alias variant interpretes in genuino hujus legis sensu eruendo. Hubertus Giphanius *in comm. ad r. j.* ubi hanc legem explicat, potissimum agi in illa existimat de cautionum praerogativa, quod scil. major sit securitas in pignoribus quam fidejussoribus, vel melius sit pignori incumbere quam in personam agere. *l.* 1. *ff. de superfic.* quod licet suo modo verum dici possit, universaliter tamen non procedit, uti ipse Giphanius *n.* 9. *ad cit. l.* 25. agnoscit. et *cap. antec.* dictum. Si itaque de praerogativa cautionis hic sermo esset, valde restringenda foret haec lex, quae nequidem pro regula haberi posset, cum saepe plus cautionis sit in persona, quam in re. Neque plus lucis huic legi adfert Jac. Raevard. *in comm. ad r. j.* pro declaratione adducens *l.* 21. *ff. de r. v.* licet Giphanii sententiam rejiciat, et hanc noviter afferat, quod hi, quibus de re ipsa praestanda caveatur, plus in ea re cautionis habere dicantur, quam illi habent in persona, quibus de pretio rei exsolvendo personaliter cautum est, *veluti si rei commodatae nomine actum sit, et commodati commodatarium damnari per judicem contigerit, resque commodata non appareat, aliter commodatarius ei, qui commodavit rei commodatae quae deperdita est, nomine satisfacturus non est, quam si commodator cautionem praestiterit, non quae de rei pretio, sed de re ipsa commodata aliquando reperta ipsi commodatario praestanda, plus enim,* pergit Raevardus *cautionis est in ipsa re, quam in persona, h. e. quam in exsolutione pretii, quae exsolutio personalis est.* Hactenus Raevardus, qui praesentem casum desumpsit ex. *l.* 13. *pr. commod.* et quidem ideo huc attulit, quoniam itidem ex *lib.* 11. *ad* Sabinum desumptus est, ex quo etiam *l.* 25. *de r. j.* est decerpta. Verum quis non videt, plane contortam esse hanc legis interpretationem. Ratio enim, quod cavere debeat de re reperta commodatario praestanda, non desumenda ex allegata regula, sed potius inde quod commodatarius, dum praestitit commodanti rei amissae aestimationem, rei commodatae dominus factus fuerit, cum pro tanto pretio ei quasi vendita sit. *l.* 1. *c. comm. utr. jud. l.* 46. *ff. de r. v.* et hoc intuitu non de pretio restituendo, sed de re ipsa tradenda cavet. Scilicet plerique interpretes decepti videntur ex ambiguitate vocis *cautionis*, quae hic non specialem securitatem, quae creditori alias datur, significat, sed commoditatem omnem designat, quam quis habet ex possessione, ut simplicissimus sensus sit, plus cautionis et commoditatis esse in re, seu in possessa et retenta re, quam in persona, seu in obligatione alterius personali, quamvis scilicet alter petat possessionem sibi restitui, et ad satisdationem se offerat; cujus rationis consequens est, neminem posse cogi, ut a possessione sua receda, licet vel maxime adversarius se ad cautionem qualemcumque offerat; quamvis enim ita quoque securitatem quamdam obtineat, comparative tamen loquendo plus cautionis possessor habet in re ipsa possessa, quam in satisdatione praestita, et sic non potest cogi, ut sub fragili cautione rem dimittat, in cujus possessione sufficientem cautionem habebat, conf. Jac. Gothofr. *in comm. ad r. j. ad h. l. in f.* Anton. Faber. *in c. lib.* 3. *tit.* 22. *def.* 15. *n.* 4. Atque hanc interpretationem praeterea suadere videntur *l.* 27. *et* 29. *ff. de evict.* quae itidem desumptae sunt *ex lib.* 11. *ad Sab.* in quo potissimum actum fuisse videtur de evictione, pro qua quidem cautio ordinarie exigi et praestari solet, sed non semper, si statim imminent evictio, uti nunc declarandum.

§. 5. Evicta itaque genuina hujus legis sententia, quae totius hujus capitis quoque fundamentum est, rem nunc per varia exempla ex jure nostro declarare licebit. Et quidem sive vera sit possessio, quam quis suo nomine habet, sive rei alienae, in qua tamen jus retentionis alicui datur, semper applicari potest regula adducta, plus cautionis esse in re, quam in persona. Videamus primum de vera possessione per oblationem cautionis non dimittenda.

§. 6. Quando in limine contractus imminet evictio rei venditae, constat, emptorem non teneri ad pretium solvendum, antequam venditor sufficientem cautionem de evictione interposuerit, arg. *l.* 24. *c. de evict. l.* 18. §. 1. *de peric. et commod. rei vendit.* Burgund. *de evict. c.* 71. *n.* 4. modo *a*) lis realiter mota, vel alias certa quodammodo sit *b*) et quidem absque calumnia mota sit *c*) ex jure praesenti, Franzk. *ad tit. de evict. n.* 715. *seqq.* Verum non universaliter hoc verum est, ut semper emptor fragili se committere debeat cautioni, et interim pecuniam solvere, merito enim dd. hoc limitant, nisi jus evincentis sit evidens, liquidum et notorium, nam tunc emptor potest retinere pretium, nec id cogitur solvere sub cautione. Quis enim in manifesto evictionis periculo cautionis fragilitati se committeret? Quid enim, si jam sententia fuerit lata, quod facile contingere potest, ubi fides usque ad certum terminum est habita de pretio, et venditor termino eveniente pretium exigat

sub cautione, cerle nimis periculosum foret, tali in casu pretium solvere Carpz. *p.* 2. *c.* 34. *def.* 37. Lauterbach. *in coll. ad tit. de act. empt. vend.* §. 48. Franzk. *ad tit. de evict. n.* 735. Perez. *in c. tit. de evict. n.* 19. Petrus Heigius *n.* 1. *qu.* 36. *n.* 56. Menoch. *de arb. jud. quaest. lib.* 2. *cap.* 226. *n.* 3. quando itaque dd. asserunt, pretium sub cautione esse solvendum, ubi in limine contractus imminet evictio, non aliter admittitur, quam si jus evincentis sit dubium, et altioris indaginis. Carpz. *cit. l. in f.* Lauterbach. *cit. l.*

§. 7. Similiter quoque in casu inverso explorati juris est, emptorem non posse efficaciter ad rem sibi tradendam agere, quam si a sua parte impleverit contractum per realem et totalem pretii exsolutionem, modo fides non sit habita de pretio, alioquin agenti obstat exceptio non impleti contractus. *l.* 13. §. *offerri* 8. *ff. de act. e. v.* Venditor itaque quasi pignus rem venditam interim retinere potest, cum ne quidem dominium transferatur, si pretio non soluto res tradita fuerit. §. 41. *j. de r. d. l.* 19. *l.* 53. *de contr. e. v. l.* 5. §. 18. *de trib. act.* Ex quo patet, emptorem haud esse audiendum, si vel maxime cautionem offerat de pretio post aliquod tempus solvendo, cum ille obligetur ad solutionem praesentem, nec venditor ex post facto cogi possit ad fidem de pretio habendam, si de eo antea conventum haud fuerit, quod tamen revera fieret, si sub cautione rem venditam dimittere teneretur. Neque huc recte applicatur *l.* 26. *ff. de aedilit. edict.* quae plane de casu diverso loquitur, scilicet de actione redhibitoria, ubi aediles eodem modo hunc ordinem introduxerunt, ut qui ad redhibendum agit, primum debeat rem ipsam reddere et deinde pretium consequi. *l.* 25. §. *f. eod.* quemadmodum, qui ex empto agit, a sua parte quoque debet implevisse contractum. Limitatur tamen *in d. l.* 26. ut non semper obligatus sit ad dimittendum corpus redhibitioni obnoxium, si forsan ob venditoris inopiam metus sit, ne actio ratione pretii adversus eum inanis sit, quo casu potius ab emptore cautio recipitur, qua cavet, se restituturum esse mancipium, si intra certum tempus soluta fuerit pecunia, confirmatur potius ex hac lege sententia nostra, sicuti enim emptor rem redhibitioni obnoxiam non compellitur dimittere, si periculum vel suspicio ejus adest, ita quoque venditor ad rem tradendam similiter non obligatur, qui fidem de pretio non habuit; quemadmodum in genere, qui ad solvendum obligatur, non liberatur oblatione cautionis. Mev. *p.* 1. *decis.* 240. *et* 2. *decis.* 15.

§. 8. Contra hanc doctrinam peccant saepe judices, qui faciles sunt in decernendis sequestris, modo ab eo qui sequestrum petit, cautio pro judicis indemnitate praestita fuerit. Et tamen sequestratio est revera privatio possessionis et omnis illius commodi, de quo ante dictum, quo intuitu etiam *in l. un. c. de sequest. prohib.* sequestratio regulariter est prohibita, nec sine gravi causa decernenda. Peccant itaque judices, qui periculo petentis absque debita causae cognitione sequestrationes decernunt. Ant. Fab. *in c. l.* 1. *depos. def* 2. *n.* 1. Dn. Praes. *diss. de periculo petent c.* 2. *n.* 40. *seq.* Et quia judex ita de facto procedit et alterum injuste sua possessione privare intendit, concessa sunt possessori omnia remedia contra judicem inique procedentem ad defendendam suam possessionem, quae alias contra alios privatos sunt permissa. Mev. *p.* 5. *decis.* 307. et sic judex tamquam spoliator de spolio conveniri potest. *c.* 7. *c.* 18. *de restit. spoliat.*

§. 9. Econtra si sequestratio legitime est decreta, eo casu quidem juris est, quod praestita cautione possessori pristino res sit restituenda, quia ita satis securus creditor redditur. Carpz. *p.* 1. *c.* 30. *def.* 19. adeo ut contra judicem sequestrum sub praestita cautione relaxare recusantem decernantur mandata cum clausula Gail. *lib.* 1. *obs.* 26. *n.* 1. Goeddeus *de sequestr. possess. c.* 3. *n.* 14. Verum possunt obvenire circumstantiae, ob quas ne quidem praestita cautione sequester rem dimittere debet, quo pertinet (1) si causa beneficium ecclesiasticum concernat, nam cum satisdatio grassandi facultatem animique malitiam non adimat, sed potius augeat, ecclesiae utilitas id postulat, ut ejus salus et animae cura potius intacta servetur, quam post vulneratam eam nimis sero medicina quaeratur. Goeddeus *cit. tr. c.* 3. *n.* 15. *seq.* (2) quando ob dilapidationem et profusionem rerum sequestratio est decreta, et, qui ante possedit, tam malis moribus praeditus sit, ut idonea cautione non possit profusioni occurri. *Id. cit. l. cap.* 2. *n.* 24. quo posset referri casus de marito, qui manifeste dotem dissipat, ut uxor non possit securitatem in cautione habere. *l.* 23. §. 8, *ff. solut. matrim.*

§. 10. Ceterum quamvis jus retentionis ut plurimum locum habere dicatur in re aliena, non tamen desunt casus, ubi etiam retentio in re propria conceditur, quod jam exemplo quodam *in* §. 7. declaratum est, quia venditor in re sua alteri vendita tamdiu habet retentionem, donec de pretio eidem satisfactum. Atque huc quoque referendum, si quis rem quamdam tenet ex pacto de retrovendendo, et prior venditor intra tempus statutum veniat, pretiumque offerat acceptum pro redimenda re vendita. Redempturus itaque, ut et is, qui ex retractu rem vult ab extraneo petere (1), pretium debet realiter rite offerre, ante cujus oblationem res nec redimi, nec retrahi potest. Struv. *exer.* 23. §. 63. Gail. 2. *obs.* 29. *n.* 7. Richter. *p.* 2. *dec.* 76. *n.* 114. Berlich. *p.* 2. *concl.* 41. *n.* 14. Sed quid si retrahens vel redimens non habeat paratam pecuniam, an offerendo pignora vel fidejussores idoneos audiendus sit, ita ut possessor rem retractui vel retrovenditioni obnoxiam dimittere teneatur? quod recte negat Carpz. *p.* 2. *c.* 32. *def.* 4. ex fundamentis in *c. anteced.* adductis. Accedit, quod retracturus praecise obligetur ad solvendam pecuniam, qui invito creditori eo nomine cautionem obtrudere nequit, quod eleganter deciditur *in l.* 4. §. 3. *ff. de re jud.* ubi asseritur, quod qui condemnatus est ad solvendum, non possit invito creditori cautionem obtrudere. Sic quoque similiter constituto non satisfacit, qui se soluturum constituit, si vel maxime cautionem offerat, *l.* 21. *in f. ff. de constit. pec.* conf. Tiraquell. *de retract.* §. 3. *gloss.* 8. *n.* 14. *seqq.*

§. 11. Communiter tamen hanc sententiam limitant, nisi retrahenti forsan pretium sit incognitum et illiquidum, hoc casu enim existimant sufficere, si nudis verbis ad pretium solvendum se offerat, et simul quoque cautionem pro pretio solvendo, statim ac liquidum erit, promittat; indeque ulterius inferunt, possessorem oblata illa cautione rem dimittere teneri, quam sententiam communiter tuentur *ex l.* 5. *ff. de stat liber.* ubi ita: *statu liber rationem reddere justus, aliquem,*

quod apparet, solvit, de eo quod obscurius est, satisdare paratus est. Neratius et Aristo recte putant, liberum fore. Ex quo generaliter concluditur, quod ob illiquidum non detur retentio, si debitor paratus sit ad cautionem praestandam. Atque ex hoc fundamento traditam limitationem pluribus defendunt Tiraquell. *de retract.* §. 1. *gl.* 20. *n.* 2. ibique magno numero allegati. Boer. *decis.* 112. *n.* 2. *in f.* Bocer. *cl.* 3. *disp.* 22. *th.* 66. Fachin. *lib.* 7. *contr. c.* 91. Gail. *lib.* 2. *obs.* 19. *n.* 8. *seqq.* Mev. *ad jus lubec. lib.* 3. *tit.* 7. *c. l.* 1. *n.* 68. Verum multa dubia circa hanc sententiam superesse ingenue fateor. Nam jam alii animadverterunt, *ex d. l.* 5. *de stat. lib.* nihil solidi evinci posse, cum in dicto textu agatur de libertate, in cujus favorem multa singularia in jure sunt recepta. vid. Lauterbach. *diss. de retent.* §. 7. Et si vel maxime in re aliena non detur retentio ob debitum illiquidum, de quo tamen mox videndum, tamen cogitandum erat, in praesenti casu agi de retentione rei propriae, quae demum in alterum est transferenda soluto pretio, ubi certe major ratio est pro possessore, ne rem suam sub cautione dimittat. Ponamus casum, disputatum esse hactenus inter litigantes de jure retractus, illud adjudicatum esse actori, postea dubium occurrere circa pretium, utrum praesentis temporis, an vero illud, quod revera solvit praesens possessor, sit solvendum, qualia dubia in ducatu magdeburgico saepe occurrunt, ob speciale edictum regium, quod certis in casibus praesentis temporis aestimationem solvendam esse constituit, an pendente illa controversia reus interim rem restituere oblata cautione, et ita fragilitati cautionis se committere teneatur? Id quod non puto, cum utique alter ad solvendum obligatus sit. Accedit quoque haec ratio, quod ita possessor, qui interim fructus ex re adhuc sua percipere posset, omni emolumento privetur, nec pretium, de cujus quantitate non constat, et proinde ejus solutio suspecta est, interim in suos usus vertere possit, quo ipso sane ingenti lucro privaretur.

§. 12. Similiter retracturus vel redempturus praeterea melioramenta, seu impensas utiles et necessarias in rem factas restituere debet. Berlich. *p.* 2. *concl.* 41. *n.* 40. *seqq.* Tiraquell. *de retr act. convent.* §. 7. *gl.* 1. *n.* 2. et donec restitutae fuerint hae impensae, possessor interim rem suam retinet. Cum vero pleramque de impensis soleant controversiae oriri, indeque illiquidae fieri, quaestio inde oritur, an oblata cautione de impensis restituendis, ubi liquidae factae erunt, possessor rem suam dimittere teneatur? Id quod vult Tiraquellus *cit. l. n.* 13. ex eodem principio, ex quo ante motam quaestionem decideratur. Verum cum itidem hoc modo possessor rem suam, cujus interim adhuc dominus manet, dimittere teneatur, fere dubito de hac sententia; licet enim vel maxime verum esset, retentionem rei alienae ob impensas illiquidas oblata cautione non amplius dari, de quo mox videndum erit. hoc ipsum tamen aegre applicatur ad casum, ubi quis retinere vult rem adhuc suam, praesertim cum in retrovenditione nova emptio occurrat, ubi venditor ad rem tradendam non ante obligatur, donec emptor a sua parte impleverit contractum *l.* 13. §. 8. *de act. e. v.* quem hic emptor non ante implet, quam si etiam impensas omnes praestiterit.

§. 13. Varia quoque ratione contingere potest, ut quis jus retentionis in re sua exerceat, et sic oblatam cautionem respuat, quo etiam refertur casus *in l.* 26. §. 4. *ff. de condict. indeb.* videlicet, si cum centum deberem, ex errore, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum thalerorum in solutum dedi, comperto errore quaeritur, an in totum an pro parte condictio competat? Marcellus integram rem condicere posse scribit, et centum manere in obligatione; neque enim hic fieri potest confusio partis rei cum pecunia, neque inter speciem et genus compensatio fieri potest; accedit, quod ita communio introduceretur, cum tamen nemo invitus teneatur ad communionem. Interim possessor agrum integrum retinebit, donec debita pecunia solvatur. Haec est decisio Marcelli. Quid ergo si offeret cautionem pro solvenda pecunia? Hanc neutiquam admittendam esse concludo, ex iis, quae *ad* §. 10. dicta sunt, cum obligatus ad solvendum, non audiatur cautionis oblatione. Quod si debitum illiquidum foret, eamdem decisionem ex hactenus dictis observandam arbitrarer.

§. 14. In aedilitio edicto simile exemplum occurrit, agitur ibidem vel quanti minoris vel redhibitoria, per quam resolvitur emptio venditio, et omnia in pristinum statum deducuntur. *l. cum autem* 23. §. 1. 7. *ff. de aedil. edict.* ex quo fluit, emptorem, si quod damnum praeteres sensit, vel si quid in rem redhibendam impendit, eo nomine eidem esse satisfaciendum. *l.* 29. §. 3. *ff. eod.* scilicet ut non compellatur rem venditori restituere, quam si eum indemnem praestiterit. *cit. l.* 29. Sed quid si cautionem de damno resarciendo vel impensis resarciendis offerat? ne sic quidem compellendus videtur, quoniam major cautio in re est, quam in persona, et dicitur in genere in *cit. l.* quod non sit compellendus ad rem dimittendam. Accedit quod in *cit. l.* 26. *ff. de aedil. edict.* disponatur, ne quidem corpus esse dimittendum, antequam pretium restitutum fuerit, si propter inopiam venditoris in justo periculo sit, sed hoc casu potius leges emptorem admiserunt ad cautionem, *ut scilicet caveret, se mancipium restituturum, si intra certum tempus pecunia sibi soluta fuerit.*

§. 15. Sufficiant haec de possessione rei propriae sub cautione non dimittenda. Progredior ad alterum hujus capitis membrum *de possessione rei alienae, sub cautione non dimittenda*, ubi majores difficultates emergunt. Antea dictum, in re aliena potissimum alicui competere jus retentionis, hinc exsurgit quaestio praejudicialis, ob quod debitum jus retentionis detur, an tantum ob liquidum, an vero etiam ob illiquidum, an vero in debito illiquido possessio oblata sufficienti cautione dimittenda? Sane in utramque partem doctores inter se controvertentes hic apparent. Qui cautionem hic admittunt (1) potissimum refugium *in l.* 5. §. 1. *ff. de statu lib.* quam legem supra *in* §. 11. jam recitavi, quaerunt, ubi servus interim ad libertatem pervenit, si offerat cautionem de rationibus reddendis, et reliquo, quod ante redditas rationes illiquidum est, reddendo. Addunt deinde (2) aliam rationem *ex l.* 85. §. 2. *de r. j.* ubi dicitur: *quoties aequitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio juris moratur, justis decretis res temperanda est.* Jam videtur aequissimum esse desiderium ejus, qui rem suam, in qua alter jus retentionis praetendit, sibi sub cautione restitui cupit, et hoc modo justo decreto res temperatur, quin utrique satisfieri videtur, creditori, cui cautio praestita;

petitori, cui res restituitur. Subjungunt porro et hanc rationem, quod (3) retentio sit quaedam compensatio *l. f. c. commod.* Sicuti autem debiti liquidi cum illiquido nulla est compensatio, ita quoque ob illiquidam dotem non dari uxori jus retentionis in bonis mariti defuncti, ajunt dd. si modo mariti haeredes praestita cautione promiserint, se id, in quod fuerint condemnati, soluturos esse. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 17. *et lib.* 4. *resp.* 20. *n.* 19. Mev. *p.* 2. *decis.* 115. *et p.* 3. *d.* 368. *n.* 3. 4. Hering. *de fidejuss. c.* 15. *n.* 117. Posthius *de manut. obs.* 487. *n.* 9. Berlich. *p.* 2. *concl.* 32. *n.* 6. Brunn. *ad l.* 25. *ff. solut. matrim.* Caroc. *de locat. cond. tit. de expens. n.* 14. Guzadin. *cons.* 100. *num.* 21.

§. 16. Verum non desunt quoque magni nominis Jcti, qui adeo jus retentionis ob debitum illiquidum alicui concedunt, ut ne quidem compelli possit ad rem dimittendam, oblata vel maxime cautione. Et hi quidem (1) generaliter se fundant in rationibus *c. antec.* excussis, quod scilicet nemo se teneatur incerto et fragili eventui cautionis submittere. *l.* 66. §. 1. *ad sct. trebell. Non enim parvum commodum est possessionis*, ait Anton. Fab. *in c. lib.* 3. *tit.* 22. *def.* 15. *n.* 4. *ad extorquendam solutionem ab eo, qui rem habere velit, et quam si haberet, postea solvere, nisi coactus, nollet. Et hic verus sensus est ejus, quod dici solet, plus cautionis esse in rem quam in personam, scilicet retinendo rem, non etiam agendo in rem, plerumque enim incommodior et onerosior est actio in rem, quam in personam, et n.* 5. ita pergit: *nunquam durior mea conditio fieri debet, ob id solum, quod adversarius meus satisdare paratus sit etc.* (2) saepissime in jure disponitur et deciditur, *retentione expensas servandas esse. l.* 33. *in ff. de cond. indeb. l.* 14. *ff. de dol. mal. et met. except. l.* 9. *pr.* §. 1. 2. *ff. de acquir. rer. dom.* in quibus textibus tales casus occurrunt, ubi expensae non possunt non esse illiquidae; videlicet si quis in solo alieno aedificavit, ubi semper disputabitur, an utiliter et recte fuerint factae, nec ne? etc. et vero hic nulla fit mentio cautionis, quod ob cautionem quis a jure retentionis recedere cogatur, quae tamen magnae fragilitati obnoxia est (3), accedit, quod in retentione sit expeditissimum remedium consequendi impensas, quod amittitur, si quis oblata cautione postea ambiguis litibus se submittere cogatur, neque tot frivolas exceptiones expensis opponit, qui rem suam nondum habet, sed cujus restitutio ab impensarum solutione dependet, uti quidem facere solent rei, quando semel rem possident. Ad rationes in contrarium adductas respondent, et quidem *ad cit. l.* 5. *de stat. lib.* illam non esse producendam ad consequentiam, quod in favorem libertatis ibi dispositum legitur, et nequidem in *cit. l.* 5. agi de possessione dimittenda cautione praestita, sed quod cautione praestita de conditione implenda statim liber fiat. Quoad *cit. l.* 85. *de r. i.* ajunt, nihil certi ibidem determinasi quoad hunc casum, sed tantum designari, quid in dubio judex statuere debeat, si causa est arbitraria, h. e. ex arbitrio judicis quodammodo dependens. Denique quod retentio dicatur quaedam compensatio, ex eo non potest statim concludi omnimoda convenientia inter utramque speciem, sed nihilominus res separatae manent. Atque hanc sententiam tuentur Joh. Petrus Molignat. *de retentione q.* 340. Faber. *cit. def.* Capyc. *decis.* 17. *n.* 7. Sebast. Medic. *p.* 2. *q.* 16. *n.* 14. Tiraquell. *de retract. convent.* §. 7. *gl.* 1. *n.* 13. (quamvis in aliis materiis, de quibus antea actum, dissentiat) Trentacinq. *lib.* 3. *resol. tit. de pignor. res.* 1. Ancell. *de attent. p.* 3. *c.* 24. *qu.* 29. *n.* 6. Esbach. in Carpzovium *p.* 2. *c.* 25. *def.* 17. Alciat. *lib* 9. *resp.* 63.

§. 17. Posterior haec sententia, si veritatem dissimulare nolo, robore suo non destituitur, sed fluit ex fundamentis hactenus tam sollicite expensis. Qui enim dissentiunt, nunce fere confugiunt ad aequitatem, quae tamen non semper aliquid operatur, si alteri jus est quaesitum. Et certe grave est, alterum velle privare remedio suo expeditissimo consequendi impensas, et postea eum relegare ad actionem ordinariam. Et hoc ipsum quoque agnoscit Lauterbach. *diss. de retent.* §. 10. qui tamen temperamentum aliquod hic adhibet propter *l.* 88. §. 2. *de r. i.* quo controversiae hae facile componi posse videntur. Scilicet tota haec quaestio, utrum cautio sit admittenda, judicis discreti arbitrio committenda esse videtur, qui quidem non statim pronus esse debet ad cautionem admittendam, sed ante omnia momenta causae ponderare. Quod si enim deprehendat, probabili ratione impensas vel aliud debitum fundari, et exceptiones adversarii contra illud debitum facile discuti et enervari posse, vel saltim in hunc effectum opponi, quo creditorem defatiget, quoniam reorum semper est fugere, cautionem haud admittet, sed quoque e contrario non indulgebit dolosis cunctationibus ejus, qui rem dimittere recusat ob praetensas expensas maxime illiquidas, quae nulla probabili ratione fundantur, quale quid ut plurimum in tutoribus contingit, qui ubi res pupillorum restituere jubentur, opponere solent exceptionem retentionis, forsan ideo, quod male in tutela sint versati, vel res ipsas dilapidaverint. Breviter, sicuti non debet esse refugium malevolorum debitorum, ita quoque cavendum, ne praesidium justum, quod in eo debitores habent, iis temere per oblationem cautionis auferatur.

§. 18. Ut itaque nunc a thesi ad hypothesin progrediamur, placet hanc doctrinam variis illustrare exemplis. Primo occurrit rei vindicatio, ubi constat, quando pro actore pronunciatum est, bonae fidei possessorem tamen habere retentionem propter impensas utiles et necessarias in rem factas. Utiles enim de jure romano b. fidei possessor tantum deducebat, quod fiebat ope retentionis, *l.* 48. *ff. d. r. v.* non vero propriam actionem earum nomine habebat; quamvis moribus actionem concedant; vid. Schilt. *pr forens. ex.* 16. *th.* 57. Cum itaque plerumque tales impensae soleant esse illiquidae, non tamen facile admitti debet cautio de re reddenda, antequam expensae fuerint taxatae et solutae. Merito tamen hoc limitat Faber. *in c. lib.* 3. *tit.* 22. *def.* 15. *n.* 5. eo in casu, quo apparet, eum, qui restituere debet, moram contraxisse in prosequenda judiciali executione, sumptibusque declarandis, ut eo obtentu rem diutius retineret. Tunc enim frustrationis coercendae gratia aequissime indulgetur, ut ab eo res auferatur, et in adversarium idonea prius satisdatione per eum praestita, transferatur ne possessori dolus suus et frustratio prosit. *l.* 37. *ff. mandat.*

§. 19. Uxori quoque competit jus retentionis ratione dotis, ut et pro bonis paraphernalibus, Wesemb. *p.* 2. *cons.* 33. *n.* 56. Hartmann. Pistor. *p.* 1. *quaest.* 4. *n.* 32. pariter et pro dotalitio et portione in pactis dotali-

bus eidem assignata, Molignat. *de retent. q.* 20. Carpzov. *lib.* 6. *resp.* 51. *et p.* 2. *c.* 25. *def.* 8. *seqq.* Klock. *tom.* 2. *cons.* 35. *n.* 26. 27. imo et insuper vidua, quae utitur jure retentionis, hoc commodum exinde habet, quod interim ex iis alimenta capiat. Carpzov. *cit. l. def.* 12. Non itaque admittenda hoc in casu est oblatio cautionis, utut satis idonea sit, nec eidem mulier se committere tenetur. Neguzant. *de pignor. p.* 4. *membr.* 5. *n.* 4. Hering. *de fidejuss. c.* 5. *n.* 370. Klock. *vol.* 3. *cons.* 154. *n.* 81. *seqq.* Et huc quoque pertinet dispositio *juris lubec. lib.* 1. *tit.* 5. *art.* 13. *Es kan keine unbeerbete Wittfrau nach Absterben ihres Mannes aus seinen Gütern getrieben werden, sie sey denn vor allen Dingen ihres Braut Schatzes und zugebrachten Gutes vergnuget und versichert*, ubi quidem vel *solutio* vel *cautio* pro facienda solutione exigi videtur, sed, ut optime rem declarat Mev. *ad cit. art.* 13. *n.* 75. *seqq.* hoc non ita intelligendum, ac si in electione debitoris sit, velitne solvere, an vero cautionem offerre; sed quod in dote liquida uxori omnino jus retentionis indulgendum, licet vel maxime debitor cautionem offerat, alias ejus malitiae indulgeretur, cum debitores fidejussione praestita longis ambagibus per litigium jura mulierum intricare soleant dummodo illae bonis excesserint: sed quod in dote illiquida arbitrio judicis committendum sit, an pro ratione circumstantiarum cautio sit admittenda, vel potius retentio mulieri concedenda. Neque enim haeres audiendus, qui solutionem malitiose differt, nec vidua, quae differendae litis causa satisdationem accipere recusat. Mev. *cit. l. n.* 84. *seqq.*

§. 20. Circa conductionem quoque saepe quaestio de cautione admittenda oriri solet, praesertim, quando nondum finito locationis tempore locator conductorem ex fundo expellere intendit, veluti quod ipse re indigeat, *l.* 3. *c. de loc.* Quod si itaque locator statim cautionem offerret et praetenderet, ut conductor dimittere rem interim juberetur, sane mox apparet, eumdem non esse audiendum. Possidet enim conductor rem ex justo contractu, nec invitus ante finitum locationis tempus rem dimittere tenetur. Licet enim sec. *l.* 3. *cit.* juste conductor ante tempus finitum possit expelli, si locator ex improvisa necessitate ipse re sua jam indigeat, attamen de ipsa necessitate ante omnia constare debet, quamdiu autem de ea non constat, iniquum foret oblata cautione alteri jus suum auferre, et ex possessione deturbare, qua nemo privari potest, antequam plenius causa discussa fuerit, utrum juste an injuste possideat, Mev. *p.* 1. *decis.* 24. ubi itaque possessio certa, jus vero alterius dubium et incertum, possessor cedere possessione oblata cautione non tenetur. Mev. *p.* 8. *decis.* 247.

§ 21. Similiter quoque hic quaestio exsurgit, utrum si adhuc disputatur, an jus retentionis possit locum habere, nec ne, alterque interim offerat cautionem, praetendatque, ut alter illa accepta, ex fundo conducto decedat, tale postulatum admitti possit? Quod itidem recte negat Mev. *p.* 7. *decis.* 145. pendente enim lite interim pro possessore est praesumptio, adeoque donec haec quaestio decidatur, de cautione recipienda statui nequit, praesertim cum si postea constaret, retentioni omnino locum esse inique jure suo privatus fuisset: cum tamen cautio plenior et melior in retentione, quam in satisdatione deprehendatur. Accedit haec quoque ratio, quod pendente lite interim nihil innovandum sit, *l.* 1. *c. ut lit. pendent.*

§. 22. In jure antichretico non raro quoque controversiae circa hanc materiam exsurgunt, quando scilicet debitores post longum temporis spatium praetendunt, tot fructus ex re antichretica jam esse perceptos, ut ipsa sors jam satis absorpta sit, adeoque creditorem, non soluta sorte, ad rem restituendam obligari. Equidem in antichresi tacita facile tale quid contingere potest, ubi creditor tenetur ad rationes reddendas etiam de fructibus percipiendis, *l.* 3. *c. de pign. act.* ast si expresse antichresis constituta, verior utique est sententia quod fructus non praecise debeant respondere usuris, quippe in quo negotio simul quaedam locatio occurrit, et non dubium est, quin debitor rem suam minoris creditori locare possit. *l.* 14. *c. de usur.* conf. Dn. Praes. *de act. for. invest. sect.* 1. *m.* 5. §. 33. Lauterbach. *diss. de jure antichreseos.* Quod si jam quaestio de nimio excessu fructuum moveatur, hanc rationem circa oblatam cautionem esse ineundam, arbitratur Mev. *p.* 9. *decis.* 90. ut scilicet dispiciatur, utrum rationes jam sint discussae, an adhuc discutiendae. Priori casu, si nihil amplius deberi appareat, creditorem statim ex bonis discedere jubendum esse; ubi vero res dubia manet judicis esse, dispicere, statuit, quid verosimile sit, collatis nimirum rationibus; et si per probabilia argumenta non aliter colligere poterit, quam omne creditum ex perceptis fructibus esse redactum, jubendum esse, imposterum relinquere istorum perceptionem debitori, praestita tamen cautione, ut si postea residuum debiti reperiatur, illud statim solvatur, aut in possessionem creditor redire permittatur. Ubi autem verosimilius est, adhuc ex credito non solutum restare, non dejiciendum esse ex possessione, nec cautionem esse recipiendam. Verum haec sententia non adeo juri conformis videtur, si illa fundamenta, quae hactenus in medium allata sunt, conferantur. Supponit casum, ubi adhuc res dubia est, utrum sors in universum absorpta sit ex perceptione fructuum, pro qua licet probabilia pugnent argumenta, tamen admodum durum est, creditorem sua possessione privare: et quamvis in prioribus concessum sit, quod arbitrio judicis statuendum sit circa jus retentionis ob expensas illiquidas, hic tamen diversa est ratio, ubi creditor retinet fundum ob ipsam sortem, propter quam etiam jus in re, pignoratitium scilicet, habet, cum retentio sola propter impensas nullum jus in re tribuat, et sic facilius res dimitti sub cautione possit ob expensas, quam res antichretica, si adhuc non constat, utrum sors absorpta fuerit. Accedit, quod pignus non ante restituendum sit, quam integro et toto debito soluto. *l.* 9. *de pign. act. l.* 5. *et* 13. *quib. mod. pign. vel. hypoth. solv* Est enim causa pignoris individua. *l.* 2. *c. si unus ex plurib. haered.* et sic non tenetur creditor rem dimittere, nisi universo soluto debito. *l.* 19. *c. de pignor. l.* 2. *c. debit. vend. pign.* Quando itaque in casu dubio rem sub cautione dimittere cogitur, licet adsint probabilia argumenta pro extincto debito, in effectu rem dimittere cogitur, ubi non constat, an solutum sit debitum, ad quod jure neminem adstringunt. Neque dictis obstat, quod sufficientem securitatem per cautionem nanciscatur pro residuo debito, nam ipse Mev. *p.* 7. *decis.* 145. concessit, neminem teneri pro cautione pleniori infirmiorem accipere. Atque hinc Cajus *in l.* 10. *ff. de pignor. act.* in tali casu aliud recte statuit, ajens: *quodsi non solvere, sed alia ratione satisfacere paratus est*, (debi-

tor) *forte si expromissorem dare vult, nihil prodest*, et Ulpianus in *l.* 6. §. 1. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* idem confirmat: *qui non admittit satisfactionem, sed solutionem desiderat, culpandus non est.* Quamdiu autem non constat de sorte extincta, tamdiu solutum esse dici nequit, inde etiam idem in §. 2. *cit. l.* pergit notanter: *in satisdatione autem non utimur Attilicini sententia, qua putabat, si satisdetur alicui certae pecuniae nomine, recedere eum a pignoribus debere*, plus enim cautionis est in pignore, quam in fidejussore, ut addit Gothofred. *in not. ad cit. l. lit. e.* Atque hoc intuitu in casu fere simili ab illustr. facultate juridica *anno* 1693. *mense jul.* ita pronunciatum est: *Hat Cajus Sempronium actione pignoratitia belanget, und die demselben versetzte* 12. *Hufen Landes desshalb zurück gefordert, weil Sempronius aus denen gehobenen Nutzungen nicht allein an Capital und Zinsen gaentzlich vergnüget, sondern auch ein weit mehrers daraus genossen haben soll, und da Sie super quantitate fructuum mit einander controvertiret, solche von denen Commissariis von jeder Hufe jaehrl. auff* 19. *Reichsthal. gesetzet, und darauff eine Sententz publiciret, darinnen solches quantum bestaetiget, darwider Sempronius Leuterung eingewandt, solche prosequiret Cajus excipiret, und Sempronio darauff zu repliciren ambefohlen. Indessen aber Cajus vermittelst offerirter Caution den Besitz der* 12. *Hufen Landes zu behalten gesuchet, darauff Sempronius auff einen gewissen terminum vorgeladen damit über der offerirten Caution erkannt werden möchte. Davon dieser an Ihro* Kaeyserl. *Maj. appelliret, nichts desto minder aber die Caution angenommen, und mit der Immission verfahren worden, so erachten wir auff die Frage: Ob die decisio Mevii part.* 9. *dec.* 90. *worauff sich Cajus allein fundiret, ihm dergestalt zu statten kommen könne, dass possessores gegen caution des* Klaegers, *welche sich doch gleichfalls zur satt samen caution offeriret, ihrer possess destituiret, und im Stande Rechtens aus denen Hufen, quaestionis exmittiret werden können? Vor Recht. Ob es gleich das Ansehen hat, dass der Casus vorhanden, von welchen Mevius um angezogenen Orte redet: ubi scilicet rationes jam discussae, et ubi illae ex redditibus fundi vel praedii communiter percipiendis institutae, quo casu si per probabilia argumenta constet, omne creditum ex perceptis fructibus esse redactum, jubeat istos relinquere debitori, praestita tamen cautione; in gegenwaertigen Fall auch die Commissarii dergleichen gethan, und die Nutzung der Hufen nur dergestalt angeschlagen, wie sie ingemein vermiethet werden können, und solcher calculus per sententiam subsequentem approbiret, und von dem debitore genugsame caution offeriret worden; Dennoch aber und dieweil die Sache einmal zum ordentlichen process gedieren, und Sempronius wider das ergangene Urtheil das remedium suspensivum der Leuterung ergriffen; solche auch angenommen, prosequiret, und darwider excipiret worden, dass also bevor über solche Leuterung erkannt, die Sache in eodem statu bleiben, und nichts innoviret werden sollen, auch bey so bewandten Umstaenden nicht gesagt werden mag, quod hic rationes sint discussae, et quod ex fructibus communiter percipiendis rationes sint liquidae, weil eben darum die Leuterung eingwandt, indem die Aecker nicht genugsam consideriret worden, desshalben Sie auch mit andern bessern Aeckern ratione fructuum nicht compariret werden mögen. Dahero nothhalber über solches gravamen vorher erkannt werden müssen, auff welche Umstaende Mevius an berührten Orte nicht gezielet, und wenn er auch solches gethan, dennoch seine sententia als singularis in judicando nicht zu attendiren, indem bekannt, dass die cautio kein medium sey, jemand des beneficii possessionis zu berauben, wie solches Mevius selbst aufführet part.* 2. *decis.* 188. *et p.* 8. *decis.* 247. *Wie dann auch nicht einmal malae fidei possessor rem indefensam zu lassen und solche dem adversario abzutreten schuldig ist. l.* 40. *in f. ff. de haered. petit. Zumal da in diesem Fall der possessor zur gegen caution erböthig ist, und also nicht das geringste periculum ex mora zu besorgen, extra quem casum ad irregularia non procedendum. So ertcheinet daraus, dass des Mevii decision hieher nicht zu appliciren, sondern Sempronius bey dem Besitz der Hufen, biss hauptsaechlich und Rechts kraefftig erkannt, zu schatzen sey.*

§. 23. In materia feudali eadem quaestio recurrit. Pluribus modis quippe contingit, feudum ad dominum reverti, vel culpa ipsius vassalli, vel sine culpa. Hoc ultimo casu haeredibus allodialibus satisfaciendum de melioramentis, ratione quorum ipsis jus retentionis communiter recte indulgetur. Struv. *sint jur. feud. c.* 13 *aph.* 17. *n.* 2. Hartmann. Pistor. *lib.* 2. *quaest.* 42. *n.* 7. Quid itaque, si feudo ad dominum devoluto hic fidejussorem offerat de solvendis melioramentis facta liquidatione, an statim feudum ei sit restituendum quaeritur? Ex jure feudali hanc quaestionem non esse decidendam, sed potius ex jure communi, recte judicat Fachineus *lib.* 7. *c.* 91. ubi plenius hanc quaestionem enucleat. Sed quemadmodum §. 15. *seqq.* in thesi d. d. hic inter se dissentiunt, ita non mirum, quod in hac quoque quaestione discordantes reperiantur. Cautionem hic omnem etiam ob illiquida meliramenta excludit Castrensis *lib.* 2. *cons.* 270. eamdem vero admittit Fachin. *cit. l.* easdem adducens rationes, quae supra §. 15. in genere de hac quaestione jam allatae sunt; quocum alii plures quoque faciunt. Schrad. *de feud. b.* 2. *p.* 9. *sect.* 2. *n.* 31. *seq.* Hartmann. Pistor. *lib.* 2. *quaest.* 42. *n.* 35. Mev. *p.* 3. *decis.* 368. Alii tunc demum excludunt cautionem, quando haeredes essent condemnati ad restitutionem feudi, *solutis sibi prius expensis*, quia sic stricte inhaerendum verbis sententiae, adeoque non aliter restitutio facienda, quam refusis melioramentis, Pistor. *cit. qu.* 42. *n.* 33. Gozadin. *cons.* 100. *n.* 23. Rosenthal. *de feud. c.* 10. *conclus.* 43. *n.* 125. Si nostrum foret, tantas componere lites, ad ductum §. 17. rem facile decidi posse autumamus, ut scil. nec illimitata sententia Fachinei admittatur, nec etiam Castrensis generalis opinio audiatur, sed res arbitrio prudentis judicis committi debeat secundum superius dicta. Unde etiam cautionem excludunt plerique, quando facile liquidari possunt expensae, de quo judex arbitrabitur, Rosenthal. *cit. l. n.* 128. *ibique alleg. sub lit. ss.* Multo magis autem excludenda erit cautio, quando feudum pro impensis et melioramentis est facto hominis obligatum, vel alias vigore legis vel consuetudinis tacitam in illo vassallus propter meliorationes hypothecam habet, de qua vid. Struv. *synt. jur. feud. c.* 14. §. 27. Dn. Prae-

ses *exam. jur. feud. c.* 21. §. 21. Siquidem nemo ex hypotheca est dejiciendus propterea, quod nondum sit probatum, quantum deberetur, modo mox doceri possit, aliquid deberi Rosenthal. *cit. n.* 133. Merito vero judex in hujusmodi controversiis attendere deberet monitum optimum Rosenthalii, ubi *n.* 134. *cit. l.* ita loquitur: *quinimo et fidejussione praestita dominus haeredem vassalli inopem forte aut miserabilem personam litis immortalitate, praesertim in Germania nostra, et praecipue si ad cameram imperialem devolvi contingat, (quod dicere horreo, ejusque me apud exteros pudet) facile absterrebit*, ex quo sane concluditur, multa cautione opus esse in admittenda tali cautione et excludenda retentione, in qua aliis creditor optimum praesidium habet. Unde et *n.* 139. ubi antea plures adesse, qui nullam cautionem admittant, asseuerat, ita pergit: *quorum sententiae in restrictionibus jam a me recitatis starem, extra illas, judici prudenti ex circumstantiis personarum, rerum, etiam probationis ac judiciorum, hoc dijudicandum relinquerem. Difficile certe non foret dominis potentibus: praesertim hoc tempore, ubi inprimis in Germaniae supremo tribunali lites ob numerum assessorum sive senatorum exigaum sunt immortales (ob quod miserae Germaniae major ira divina metuenda) haeredes tenues et miserabiles saepe sub tali cautionis specie et metu diuturnae litis a jure suo meliorationum rejicere.*

§. 24. Denique in spolii materia huc etiam referunt casum quemdam notabilem, ubi restitutio denegatur etiam idonee caventi, si scilicet quis petat restitutionem castri munitissimi quo est spoliatus. Hunc enim ante omnia non esse restituendum volunt, etiamsi idonee fidejubeat, se illud restituturum esse, si in petitorio succumbat, quoniam cautionis fragilitati non est in tali casu periculoso credendum, quo inclinarunt allegati ab Heringio *de fidejuss. c.* 10. *n.* 328. Verum quamvis in thesi quidem vera sit sententia supra etiam defensa, non esse restituendum spoliatum, quando absque irreparabili damno vitaeque periculo restitutio fieri nequit; hoc tamen in casu id aegre applicari posse autumo, sed potius subsistendum in regula, spoliatum hoc casu esse restituendum, in quam sententiam etiam inclinat Heringius *cit. l. n.* 331. ibique allegati.

CAPUT III.

De possessione sub cautione auferenda.

SUMMARIA

Connexio. §. 1.
Cautio est recipienda, si jus possessoris sit maxime incertum. §. 2.
Res aliquando sub cautione est dimittenda, quando possessor cautionem ipse praestare debebat, et non praestat. §. 3.
Exemplum in usufructuario. ibid.
In bon. poss. carboniana aliquando possessio sub cautione est restituenda. §. 4.
In collatione itidem aliquando possessio aufertur, si non caveatur. §. 5.
In fideicommissis aliquando possessio aufertur sub cautione. §. 6.
Aliquando, ubi de proprietate disputatur, possessio aufertur sub cautione. §. 7.
Possessio sub cautione est dimittenda, quoties possessor nullum jus habet illas res possidendi. § 8.
Quatenus depositum uni ex pluribus haeredibus sub cautione reddi debeat? §. 9.
In revisoriis remediis executio fit sub cautione. §. 10.
Conclusio. §. 11.

§. 1. In praecedente capite animadvertimus, doctores mirifice inter se dissentire in hac doctrina, utrum possessio sub cautione alicui sit auferenda, nec ne, quem dissensum potissimum exinde ortum esse reor, quod nonnulli in jure deprehendantur casus, ubi sub cautione res est dimittenda, quos tamen incongrue ad alios plane dissimiles applicuerunt, unde consultum et ex re esse duxi, fundamenta in hoc capite genuina substernere, propter quae cautio possit locum invenire, et possessor adstringi ad rem dimittendam.

§. 2. Atque huc 1) pertinet, *si jus ejus, qui rem detinet, sit maxime incertum et obscurum, et praeterea probabile sit, illum magis malitiose jus retentionis praetendere, quam ob verum debitum.* Quemadmodum enim malitiis rei non est indulgendum, ita quoque dominus ulterius propter moras rei suae fruitione non est privandus. Et ex hac ratione *in cap. antec.* communem illam doctrinam dd. quod in genere ob illiquidum debitum cautio admittenda sit, temperavimus, et in singulis exemplis adductis jam ostendimus, totam rem arbitrio prudentis judicis esse decidendam, an et quatenus cautio sit admittenda, nec ne? quae hic repetere nolo. Et hoc modo quoque Brunnemannus *cent.* 4. *decis.* 11. est interpretandus, ubi quidem generaliter statuit, quod ob expensas illiquidas cautione oblata res sit dimittenda, sed post *cent.* 5. *decis.* 69. *in f.* hoc temperamentum admittit, ut quatenus petita et postulata ejus, qui jure retentionis fruitur, verosimilia appareant, ut scilicet nulla praesumptio sit, malitiose hoc vel frustratorie illud tantum peti, cautioni nullo modo locus sit, sed potius possessor in jure retentionis defendi debeat.

§. 3. Porro 2) *sub cautione tunc est res dimittenda, quando possessor ipse in securitatem domini vel alterius, cujus interest, propter rem ipsam ex legis necessitate cautionem praestare debeat, illam tamen praestare nequit.* Cum enim alteri, qui cautionem a possessore exigit, jus sit quaesitum ex legis dispositione ad cautionem recipiendam, et alter ad illam praecise sit obligatus, et praeterea ei, cui cautio propter rem praestanda est, nulla alia ratione securitas praestari possit, hoc temperamentum admitti debuit, ut rem sub cautione alii dimitteret, salvo tamen jure suo, quod inde percipere potest. Solemne exemplum est in usufructuario, qui proprietario regulariter cautionem praestare debet de re non deterioranda, et finito usufructu restituenda. *t. t. ff. usufruct. quemadm. caus.* Et haec cautio eo magis necessaria erat, quia

constat, rem ipsam ad haeredes usufructuarii non transferri, sed usumfructum morte finiri; in quo casu major ratio suspicionis suberat, quia homines sunt ita comparati, ut illud, quod sciunt liberis suis profuturum non esse, quomodocumque consumant, et omnia commoda exinde corradant, quaecumque ex illa, etiam cum destructione ipsius rei, percipi possunt. Praestanda autem regulariter est haec cautio fidejussoribus. *l. 5. §. 1. l. 7. pr. ff. cit. l. 13. pr. de usufr.* Quid ergo, si nec fidejussoribus nec pignoribus cavere possit? Quandoque cautionem juratoriam accipiendam esse, dd. concludunt, hac tamen addita limitatione, si persona haec cautionem offerens sit frugi, ac honestae et probatae vitae; secus, si sit suspectae et improbatae vitae, quo casu proprietarius oblatam cautionem juratoriam accipere non tenetur. Gail. 2. *obs.* 47. *n.* 9. Myns. *cent.* 6. *obs.* 45. *n.* 4. Hahn. *ad Wes. ad tit. usufr. quemadmod. cau. n.* 2. *in f.* Schneidew. *ad tit.* 1. *de usuf. in pr. n.* 11 Jo. Koeppen *decis. quaest.* 32. *n.* 19. Equidem supra *c.* 1. ostensum est, in cautione judiciali huc non praecise esse respiciendum; ast in hac materia, ubi agitur de re alterius non dissipanda nec deterioranda, diversa adest ratio, ubi revera nullam habet securitatem in juratoria cautione dissoluti et nequissimi hominis. Quid ergo consilii, si jam usumfructum haberet, et nullam cautionem praestare posset? Certe multum hic valebit arbitrium judicis, interim non iniqua est illorum sententia, qui rem usufructuario auferendam esse existimant, non ut jure suo privetur, ceu voluit glossa ad *l.* 4. *c. de usufr.* aliique a Gailio 2. *obs.* 47. *n.* 7. adducti, propter *l.* 7. *et f. ff. usufruct. quemadmod. cau.* quae sunt intelligendae de casu, ubi per contumaciam *non vult* praestare cautionem, non vero ubi *non potest*, de quo hic sermo est; sed potius ut proprietarius usufructuario praestet cautionem de annua solutione reddituum eidem praestanda, Salicet. *ad l.* 4. *c. de usufr. n.* 2. Angelus *ad l. hac edictali n.* 6. *c. de secund. nupt.* quam sententiam etiam tutissimam censuere assessores imperialis camerae, ceu tradit Myns. 6. *obs.* 48. *n. f.* conf. Fachin. *lib.* 8. *c.* 40. *inf.* Neque haec aliena videtur a juris romani principiis, cum *in l. hac edictali.* 6. §. 1. *c. de secund. nup.* id disertis verbis statuatur. Nam quando mater ad secunda vota transit, amittit proprietatem eorum, quae a marito defuncto lucrata est, et solum usumfructum retinet, modo idoneam fidejussionem praestiterit, vel *si fidejussiones idoneas praestare distulerit aut nequiverit, res mobiles nondum matri a liberis traditae apud eosdem manebunt; solutae vero eidem matri vel ab eadem detentae restituentur liberis; si tamen ab his fidejussio idonea matri fuerit oblata: qua caveri debet. quod eidem superstiti pro usufructu earumdem rerum mobilium, vel pretio, quo taxata sunt, usurarum nomine centesimae partem tertiam annuis quibuscumque temporibus praestare non different. etc.* conf. Cast. *de usufruct. c.* 18. *n.* 20. Hac ratione certe et proprietario et usufructuario consulitur; illi quidem, ne deteriorationem rei suae metuere debeat, huic autem, quia illi nihil decedit; cum annuatim commoda usufructus consequatur.

§. 4. Simile fere exemplum occurrit in bonorum possessione ex edicto carboniano, quo prospicitur liberis impuberibus, quibus de haereditate et statu quaestio movetur, ut bona defuncti retineant, dilata quaestione in tempus pubertatis. *l.* 1. *pr. ff. de carbon edict.* Non aliter autem bona defuncti retinere per hanc bonorum possessionem impubes potest quam si cautionem praestiterit de bonis haereditariis restituendis, si pubes factus contra se judicatum fuerit. *l.* 1. *c. de carb. edict.* quae cautio itidem ex legis necessitate dependet uti usufructuaria, alioquin si cavere impubes haud possit adversarius simul in bona illa mittitur. *l.* 1. *eod.* §. 1. *ff.* et si satisdare paratus sit, huic etiam administratio committi potest, alioquin curator constituitur. *l.* 5. §. 2. *ff. eod.* Verum cum post pubertatem, ubi quaestio de statu ventilanda est, omnino alter scioris, alter rei partes sustinere debeat, cum de haereditate simul quaestio moveatur, impubes quidem, si vel antea cavit, vel nunc ubi quaestio ventilanda est, cavere paratus sit, quasi possessor conveniendus est: *Quod si autem nunc non caveat*, dicitur in *l.* 6. §. 6. *ff. eod. possessio transfertur adversario satis offerente, perinde atque si nunc primum ab eo peteretur haer editas.* Hactenus uterque quidem compossessionem habuit, ast ubi jam haereditas peti debet, necessario alter tantum in possessione esse debet, atque inde fit, quod a pubere cavere non valente auferatur possessio et adversario cautionem offerenti adjudicetur.

§. 5. Eodem modo quoque, quae hactenus dicta sunt, in collatione usu venire possunt. Expeditur enim collatio duplici modo (1) re ipsa, (2) cautione, si quis non rem ipsam haereditati infert, sed, ne interim suspendatur divisio cohaeredibus satisdat de conferendis illis ad quae de jure tenebatur. Dn. Praeses *tr. de success. ab intest. diss.* 11. *c.* 5. §. 3. Olim vero imprimis hac cautione collatio fiebat, ubi tantum emancipati suis conferebant, quia tempore dividendae haereditatis non semper constabat, quid conferendum esset, et quid emancipatus interim acquisivisset. *l.* 1 §. 9. *de collat.* Quod si autem frater emancipatus cavere non possit propter inopiam, possessio ab eo est transferenda illius portionis, quam in hereditate consequitur, eique interim aliquando curator constituitur, ut tunc demum recipiat, partem suam, cum propria bona contulerit. *cit. l.* §. 10. sed tamen hoc ita temperatur *in l.* 2. *in f. eod.* his verbis: *Si per inopiam emancipatus cavere non possit, non statim ab eo transferenda est possessio, sed sustinendum, donec possit invenire fidejussores*; quamvis enim cautio statim in ipsa collatione exigatur, illud tamen accipiendum est *et πλατει cum laxamento et amplitudine*, ut dicitur *in l.* 13. *ff. de solut.* Expressius autem tota haec collatio per cautionem describitur *in l.* 5. §. 1. *ut legat. s. fideic. servand.* ubi Papin. argumentum a collatione ad casum fidecommissi, de quo in §. *seq.* trahit, et subjungit, quod ubi frater cavere non possit, deferatur conditio cavendi reliquis fratribus quibus collatio fieri debebat, quod scilicet ex portione fratris fuerint consecuti, cum bona propria conferre coeperit, se restituturos esse, et sic cautione a fratribus praestita, portionis suae possessionem dimittere illis debet. Si vero nec hi possint cavere, ab utraq: parte vir bonus est eligendus, apud quem tamquam sequestrem interim res deponi debeat.

§. 6. De fideicommissis quoque in jure provisum est, quod illorum nomine a praesente possessore fiduciario fideicommissaris caveri debeat, quarumcumque facultatum aut dignitatis sit, *l.* 1. §, 1. *ut legat. vel fideic. serv. causa* quoniam interest fideicommissariorum, rem salvam et illibatam eisdem conservari et restitui, Petrus Anton.

de Petra *de fideic. qu.* 10. *n* 13. Card. de Luca *tr. de fideicom. disc.* 200. *n.* 2. et quidem cavendum est fidejussoribus idoneis, cum hic de re incerta caveri debeat. Knipschild. *de fideic. fam. c.* 12. *n.* 16. Quod si non caveat fiduciarius, solet quidem ordinarie mitti in possessionem fideicommissarius, ut tamen in eum non vera possessio, sed nuda custodia transferatur, et simul cum haerede possideat, ut saltim taedio perpetuae custodiae extorqueat haeredi cautionem, ut dicitur *in l.* 5. *pr. ff. ut in possess. legat. vel fideic.* Sed tamen casus singularis est *in l.* 5. §. 1. *ut legat. s. fideicomm. serv. caus. cav.* ubi possessio fideicommissi ab eo, qui non cavet, est auferenda, si fideicommissarius cavere paratus sit. Casus est talis: petebantur ab aliquo res fideicommissariae, et reus condemnabatur. Cum vero appellasset, imperator Marcus Antonius rescripsit, rerum interim nihilominus cavere, vel si caveat adversarius, possessionem transferri debere. Jctus Papinianus defendit hoc rescriptum, ajens; recte placuisse principi, *post provocationem quoque fideicommissi cautionem interponi, quod enim ante sententiam, si petitionis dies moraretur, fieri debuit, amitti post victoriam dilata petitione non oportuit,* sed dubium sibi movet, cur hoc casu, si caveret adversarius, ad eum possessio sit transferenda, cum diversa plane sit causa edicti praetorii, ubi fideicommissarius tantum in custodiam mittitur et adversarius non expellitur. Addit tamen hanc esse diversitatem, quod praetor in omnium rerum possessionem mittat, quae in causa haereditaria permanent, ast princeps earum tantum rerum nomine, de quibus fuerat judicatum, mutuas admisit cautiones, quod deinde exemplo collationis, antea explicatae illustrat. Et haec vera sunt, sive per contumaciam cavere noluerit, sive per inopiam cavere non potuerit. Equidem illud dubium adhuc subesse videbatur, quod pendente appellatione nihil sit innovandum, et sic quoque possessori possessio non auferenda: verum etiam pendente lite in omnibus judiciis illa permissa sunt, quae ad securitatem judicii et rei spectant, Mev. *p.* 2. *dec.* 144. *n.* 5. Ex quo probabiliter concludi potest, in electione fideicommissaria, cui non cavetur, esse, an velit immitti ex edicto praetoris in omnia bona haereditaria, quo casu tamen non expellitur fiduciarius, donec vera possessio in missum transfertur; an vero ex rescripto M. Antonini ipse velit cavere quo casu ad eum possessio rei fideicommissariae tantum transfertur, sed tamen fiduciarius decedere possessione jubetur, quam differentiam ipsa lex allegata inducit, conf. Cujac. *ad lib.* 1. *recept. sent. Paul. tit.* 11. §. 1. Ipse Paulus in jam citato loco videtur hoc respexisse, ajens: *quotiens haereditas petitur, satisdatio jure* (a possessore) *desideratur* (de ea re conservanda) *et si satisdatio non detur, in petitorem haereditas transfertur* (sc. sub cautione) *si petitor satisdare noluerit, penes possessorem possessio remanet. In pari enim causa potior est possessor.*

§. 7. Ex hac Pauli sententia lucem accipit. *l.* 1. *c. uti possidetis.* quae alias mire torsit ingenia doctorum; verba legis haec sunt: *ut possidetis fundum, de quo agitur, cum ab altero nec vi nec clam nec precario possidetis, rector provinciae vim fieri prohibebit, ac satisdationis vel transferendae possessionis edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscet.* Franciscus Duarenus *lib.* 1. *disp. c.* 21. existimat, Diocletianum his verbis officium judicis, de hoc interdicto cognoscentis, demonstrare, quod tale esse debebat, ut jubeat eum, qui succubuit, adversario satisdare, se nullam ei molestiam exhibiturum nec cum impediturum, quo minus ea re libere utatur, donec de jure suo docuerit; et hoc putat obtinere in casu, si tantum alterum in possessione turbaverit, si vero dejecerit tunc curare debere judicem, ait, ut in eum, qui dejectus est, possessio transferatur in quam sententiam quoque quodammodo inclinare videtur dn. Schilt. *in pr. for. ex.* 47. §. 6. Sed hanc sententiam impugnat Cujacius *cit. l.* nec ratione destituitur, quia in *l. all.* 1. agitur de interdicto: uti possidetis, quod nequaquam applicari potest dejecto, id quod tamen vult Duarenus, Alii itaque rem sic explicant, existimantes, talem casum hic supponendum esse, ubi per hoc interdictum: *uti possidetis*, ambo in possessione confirmati sunt; cum enim in plurali conceptum sit interdictum, litigantibus quoque super possessione simul posse illam adjudicari. Quando autem nunc quaestio oritur de petitorio intentando, ubi alter possidere et alter petere debet, §. 4. *I. de Interd.* hoc remedium *in l.* 1. *cit.* esse inventum ajunt: ut videlicet unus judicatum solvi satisdet et sic in eum transfertur possessio, ut is sit possessor et alter petat, Hilliger *ad Donel. lib.* 15. c. 32. *lit. v.* Menoch. *remed.* 3. *retin. poss. qu.* 95. At vero illud dubium in hac explicatione superest, cujusnam satisdatio sit accipienda? quid enim, si uterque satisdare paratus sit; an judex potest alicui gratificare? Sic enim revera possessio obtenta ei nihil proderit, cum tamen uterque in possessione sit confirmatus. Probabilior itaque videtur sententia Cujacii *cit. l.* quod scil. ubi certatur de possessione, et alter in possessione potior judicatus est, tunc si in petitorio agatur ab eo, qui victus est in possessorio, possessor petitori satisdare debet, uti Paulus quoque in verbis §. *praec. inf.* adductis in casu haereditatis petitionis arbitratur. Quod si autem possessor non satisdat, tunc in petitorem satisdantem transferenda erit possessio; aut si neuter satisdare velit, vel possit possessor potior erit, secundum effatum Pauli *l. cit.*

§. 8. Ulterius (III) possessio sub cautione dimittenda *quoties possessor nullum jus nec spem in re possessa praetendere vel docere potest, alter autem: qui sibi possessionem transferri postulat, jus potius prae illo habeat.* Hoc contingere solet, quando aliquis absens est de cujus morte aut vita non constat. Cum autem publice intersit, bona absentium conservari *l.* 22. §. 1. *ff. de reb. aut. jud. poss. l.* 6. *in f. ff. quib. caus. in possess. eat.* receptum est, ut cura et administratio bonorum judicialiter sub cautione committatur proximioribus, Fab. *in c. lib.* 5. *tit.* 40. Carpz. *p.* 3. *c.* 15. *def.* 48. Quod si itaque remotiores, licet ad administrandum habiliores, illa possiderent et administrarent bona, merito proximioribus sub cautione illa restituenda sunt, cum etiam in ipsa successione proximiores excludant remotiores. Carpz. *cit. l. n.* 9. *seqq.* Ita cum defunctae uxoris secundus maritus absentis fratris defunctae conjugis bona occupasset, quasi ante conjugem suam frater decessisset, et sit haereditas in mobilibus consistens in uxorem defunctam esset devoluta, et per consequens quoque in se tamquam in haeredem mobiliarem, exclusis liberis prioris matrimonii; hi vero recte allegarent non constare de morte absentis avunculi, adeoque tamquam proximiores haeredes administratio-

nem bonorum absentis contra vitricum praetendarunt, oblata cautione, pro illis facultas illustris juridica hujus academiae pronunciavit. Et recte, neque enim vitricus mortem poterat probare, et cum potius vita praesumatur, merito liberis prioris matrimonii succurrebatur. Porro quamvis haec cura devolvatur in haeredes ab intestato, Carpz. *cit. l. def.* 49. non tamen hoc extendendum ad haeredes extraneos testamento institutos, hisce enim praeferuntur absentis cognati, qui plane illi nullo modo absenti succedere possunt, unde hic rursus adest casus, ubi possessio praestita cautione in proximiores est transferenda, Carpz. *p.* 3. *c.* 15. *def.* 50. Pingit. *qu.* 5. *n.* 14. Richter *p.* 2. *decis.* 65. *n.* 8. Idem quoque dicendum, si etiam ab intestato talis persona successit, quae respectu absentis est extranea, eique succedere nequit, veluti si fratris absentis bona fratri consanguineo sub cautione fuissent concessa, cui defuncto absque liberis mater, absentis noverca, succederet, haec quia privigno suo succedere nequit, bona debet restituere proximioribus cognatis aliis praestita cautione, Carpz. *cit. l. def.* 51. Sed etiam alia ratione contingere potest, ut proximior possessionem horum bonorum dimittere aliis cogatur, quod contingit, si cautum esse desinat et satisdatio expiret, veluti si possessoris bona ob aes alienum vendantur, quo casu bona absentis aliis cognatis sub cautione idonea restituenda sunt. Carpz. *cit. l. def.* 54.

§. 9. Simile fere quid contingere potest in casu depositi. Quod si enim res individua deposita est, et plures deponentis haeredes existant, quaestio est, an uni tota res possit reddi? Rem ita decidit Jctus *in l.* 1. §. 39. *ff. depos. Si res sunt, quae dividi non possunt, omnes debebit tradere, satisdatione idonea a petitore eidem praestanda in hoc, quod supra ejus par[illegible] est: satisdatione autem non interveniente, rer[illegible] aedem deponi, et omni actione depositarium liberari.* Idem quoque dicendum esse vult Franzkius *ad tit. deposit. num.* 19. si plures species depositae fuerint, quia singulis haeredibus in rebus singulis depositis jus pro indiviso competit, *arg. l.* 29. *de solut.* Idem porro dicendum, si res dividua deposita sit. Quamvis enim, si unus tantum depositam pecuniam sibi restitui postulet, non sit audiendus, sed potius pro rata tantum depositum petere possit. *l.* 1. §. 36. *ff. depos.* Attamen alia quaestio est, si major pars adierit haereditatem, et pecuniam integram sub cautione sibi restitui postulet, utut major pars hic non ex numero personarum, sed ex magnitudine portionum haereditariarum existimanda sit, *l.* 14. *ff. deposit.* Sed quid si duo de haereditate contendunt, et res depositas petunt? Ei res reddenda est, qui cavere paratus est, se depositarium contra alterum defensurum esse *l.* 1. §. 37. *ff. depos.*

§. 10. Denique ut tandem sententiae suum consequatur effectum, et executioni detur, singulariter constitutum est, ut remedia revisoria non habeant suspensivum effectum, sed potius executio fieri debeat, praestita cautione de re restituenda in casum succumbentiae. Quod provisum in *r. i. de anno* 1654. §. 124. ubi ita disponitur: *Setzen ordnen und wollen auch, dass gleichwohl der effectus suspensivus bey den gesuchten revisionibus wider die Cammer gerichtl. Urthel inskunfftige auffgehoben, und allein devolutivus statt finden soll, jedoch mit condition, dass die Partheyen, vor welche die Sententia gesprochen, und von denen die execution begehret wird gnugsame caution de restituendo auff den Fall der Verlustigung der Sachen, in der revision Gericht leisten soll, welche cautions Leistung alsdann dem Gegentheil in Schrifften zu seiner Nachricht und fordersamsten Erklaehrung zu communiciren, wurde nun derselbe solche caution nicht sufficient erachten und dagegen excipiren, auff solchen Fall haette sich der Judex zu interponiren und dass arbitrium zu halten etc.* Non itaque simpliciter deceruitur executio, sed tum demum, si victor cautionem sufficientem praestiterit de restituendo; quae cautio ita constituenda, ut promptam repetitionem habeat is, qui in revisione victor est. Ante hunc recess. revisio utique habebat effectum suspensivum. Gail. 1. *obs.* 154. *n.* 3. et hinc tot sententiae camerales hucusque in pendenti sunt, ob petitam et non finitam revisionem. Ne ergo imposterum fieret, revisioni effectus suspensivus est denegatus.

§. 11. Atque ad haec capita omnia fere referri posse videntur, quibus sub cautione alicui possessio auferri solet et potest, atque adeo plura congerere nolo; sed hic subsisto. Ceterum a b. l. veniam exoro, si forsan non omnia limato et exasciato studio expensa deprehendet, agnosco enim animi mei infirmitatem, quam utique aequi bonique consulent illi, qui aliorum conatus magis promovendos, quam supprimendos esse arbitrantur.

FINIS.

DISPUTATIO VIGESIMA TERTIA

RESOLUTIONES CASUUM IN POMERANIA VENTILATORUM.

D. SEPTEMBR. ANNO MDCCVI.

PRO LICENTIA

JOACHIM CHRISTIANUS PONATH, ADVOCAT. DICASTERII REGII POMERAN.

INGRESSUS.

Quod quondam patricio et nobili, causas oranti, turpitudini versum est a Quinto Mutio, jus ignorare, in quo verseretur; hoc quam maxime patroni causarum sibi dictum existiment, qui in inquirendis juribus peregrinis intempestivam saepius impendunt operam, sed jura domestica plerumque vel leviter tangunt, vel plane negligunt; cum tamen ita comparatum sit cum jurisprudentia romano-germanica, ut pro diversitate provinciarum praxis varier, et quod in hoc loco observatur, alibi rejicitur, et ubique ad provinciarum mores et judiciorum observantiam recurratur. Quapropter, cum mihi pro consequendis summis in utroque jure honoribus pro more in academiis recepto specimen aliquod in cathedra publica edendum sit, nemo mihi vitio veret, si loco specialis cujusdam materiae casus certos in Pomerania patria mea charissima ventilatos cum rationibus dubitandi et decidendi deducerem, eosque publicae eruditorum disquisitioni submitterem, ut ita ad patrii juris notitiam eo commodius mihi viam aperirem. Factum est hoc in praesentibus pagellis, quantum per temporis inopiam licuit. A te autem, benevole lector, omnibus modis contendo, ut, quae desunt, favore tuo suppleas. Deus autem o. m. felicem laboris suscepti successum largiatur.

RESOLUTIO I.

De lite in possessorio mota, verum sententia in petitorio lata.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 7. *seqq.*
Decisio. n. 14.

1 In pago quopiam citerioris Pomeraniae jurisdictio omnimoda ad ecclesiam s. Mariae pertinet, licet vicini praedii equestris possessoribus quaedam servitia a rusticis debeantur; contentio vero orta fuit inter ecclesiam et dominos servitiorum, an his facultas competat, rusticos, servitia recusantes, propria auctoritate pignoribus captis coercendi, an vero potius administratores ecclesiae, ad implorationem dominorum, vi competentis jurisdictionis ordinariae debeant rusticos ad debita servitia compellere? Prius domini servitiorum arrogare sibi conati sunt, esque propter hac re in judicium delata, cum ecclesia ageret super turbatione in exercitio jurisdictionis competentis, pronunciabatur a regimine aulico, dominis servitiorum competere jus pignorandi, et exprobrandum esse advocato ecclesiae, quod is temere de hac re litem moverit. Postquam igitur hanc sententiam ecclesia per appellationem suspendit, quaestio nascebatur, an non hic in possessorio, nullatenus autem in petitorio, debuerit pronunciari; indeque publicata sententia per appellationem impugnari possit? 2

Equidem, si appareat justa petitorii causa, non opus est, ut super possessorio pronuncie judex, sed statim in petitorio sententiam ferre potest, si clausula salutaris in libello adjecta fuerit. Hartmann. Pistor. *part.* 1. *quaest.* 45. *n.* 24. Carpz. *de process. tit.* 1. *art.* 5. *n.* 28. *et* 30. Hic autem justa causa dominorum sat manifesta fuisse videtur, dum hi provocabant ad transactionem Uckermundanam de *anno* 1562. *d* 13. *aug.* per quam ecclesia possessoribus praedii dominantis potestatem concesserat, rusticos servitia recusantes pignoribus aut carcere coercendi. Quae verba jus pignorandi dominis competens satis videntur liquidum et 3 4 5

manifestum reddere; et quemadmodum transactio rei judicatae comparatur. *l.* 20. *c. de trans.* indeque habetur pro veritate, *l.* 25. *ff. de stat. hom.* ita non opus fuisse videtur, diu in re clara quaerere de possessione, sed judicem, ut lites abbrevientur, statim in petitorio pronunciare potuisse.

Verum enim vero, quia praesenti casu non domini servitiorum, sed ecclesia actoris partes sustinebat, quippe quae non solum coram regimine regio, sed etiam coram dicasterio aulico, contra turbantes in sua possessione actionem instituit, et sic prima provocavit ad judicium, *per l. in tribus.* 13. *l. qui appellat.* 29. *ff. de judic.* Sed etiam ab ipsis praedii dominantis possessoribus in actis saepius, praecipue vero in libello ultimo *de* 22. *nov. anno* 1669. pro actrice agnita fuit: adeoque clausula salutaris in libello actionis ab actrice pro se adjecta reis prodesse nequit. Sed hoc ex actis erat manifestum, quod nonnisi contra turbationem actio fuerit instituta, quodque ecclesia petierit, se in jurisdictionis exercitio, et inde fluente jure pignorandi, quo eadem hactenus usa fuerat, defendi. Jam vero certi juris est, quod sententia judicis debeat esse conformis libello *l. ut fundus.* 18. *ff. commun. divid.* Ut eapropter judex in petitorio, seu negotio principali se intromittere non possit, nisi possessorio expedito, alias procederet sine jurisdictione et nulliter. Lud. Post. *tr. de manutenent. observ.* 7. *n.* 24. Et a perversione istius ordinis datur appellatio. Postius *d. l. n.* 23. Caesar. Contard. *ad l. un. c. si de moment. possess. limit.* 18. quod et procedit, licet ex probationibus vel aliis in actis deductis appareat justitia petitorii, attamen super possessorio tantum pronunciare debet judex. Carpzov. *lib.* 1. *respons.* 73. *n.* 9. Hartm. Pistor. *d. qu.* 45. *n.* 4. Mynsing. *cent.* 6. *obs* 93.

Nec obesse poterit transactio Uckermundana superius *n.* 4. allegata; quia ibi quidem possessoribus pagi Pritzloviensis pignoratio indulta, verum ibi expressum non est, quod ultra terminos jurisdictionis suae illam exercere debeant, e. quicquid in transactione omissum, etiam pro omisso habendum. *l. quicquid.* 99. *ff. de v. o.* praesertim, cum in quovis contractu vel transactione termini habiles praesupponendi sint, et jus pignorandi a jurisdictione dependeat, et eapropter ad hujus limites restringendum. *argument. legis fin. ff. de jurisdict.*

Hinc apparet, dicasterium aulicum in petitorio sententiam ferre non potuisse, indeque recte ecclesiam appellasse.

RESOLUTIO II.

De manutentione in casu dubiae possessionis.

SUMMARIA

Casus n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 7. *seqq.*
Decisio. n. 16.

Nondum tamen in praecedenti casu concesserant domini servitiorum, quod ecclesia sit in possessione, potius ipsi sese in possessione et exercitio juris pignorandi constitutos esse contendebat. Unde quaerebatur: quisnam in possessione juris hujus esset, an ecclesia, an vero domini servitiorum?

Hi enim primum provocabant ad transactionem *de anno* 1562. in qua eis facultas pignorandi concessa erat; deinde urgebant, se quoque concessa potestate hac non una vice usos esse, sed saepius a rusticis pignora cepisse. Pactione autem, exercitio concurrente, non tantum possessio, sed plenum dominium juris incorporalis sine omni dubio constituitur alteri. §. *f. ff. j. de servit. praed.* adeo, ut actus deinceps ab ecclesia contra transactionem acquisitam suscepti pro turbativis habendi veniant, quibus tamen domini servitutis semper sese opposuerunt, ac ipsi rusticos pignoribus captis vi juris sui coercuerunt, quemadmodum hoc ecclesiae advocatus non negat, dum ob ejusmodi actum contentio et processus hic ab ipso motus est. Actus autem turbativi, et qui ansam liti dederunt, in manutentione non merentur attendi. Post. *de manut. observ.* 71. *n.* 5.

Verum quia jus pignorandi sine dubio effectus est jurisdictionis, *l. sacrilegii* 9. §. *f. ff. ad l. jul. d. pecul.* de qua ecclesiae S. Mariae nulla controversia moveri potest. Atque jus illud per allegatam transactionem Uckermundanam minime eidem ademptum; nam licet possessoribus dominantis praedii facultas capiendi pignora concedatur, tamen non hoc dicitur, quod rustici etiam in locis, jurisdictioni ecclesiae subjectis, possint per pignora ab istis coerceri, de quo dictum *resol. praeced. n.* 13. transactio restringi debet ad eum casum, si possessores praedii dominantis rusticos in sua jurisdictione deprehenderint, ut tunc ob denegata servitia hosce pignoribus coercendi jus habeant. Quemadmodum etiam talis declaratio hujus transactionis jam *anno* 1584. *d.* 30. *mart.* a duce Johanne Friderico per rescriptum facta est. Post haec semper ecclesia in possessione jurisdictionis suae se tuebatur, et actus scil. pignorandi adeo quiete exercuit, ut ipsi quoque possessores praedii imploraverint auxilium capitularium ob denegata sibi a rusticis servitia. Et ex actis apparebat, ipsum antecessorem possessorem istius temporis hoc fecisse; imo in tantum defendit ecclesia jus suum, ut nunquam ipsa ad ullam turbationem et attentatum acquieverit, sed quoties dominantis praedii possessores actum ejusmodi pignorandi exercuerunt, mandatum ad restituenda pignora impetravit, eaque mediante executione actu repetiit, ut videre est ex modo allegato rescripto et ex recessu *de d.* 1. *jul. anno* 1643. nec non ex eo, quod regimen regium rescripsit *de anno* 1688. *d.* 1. *sept.* Ut adeo nullos actus quietos possessores praedii dominantis allegare potuerint ad probandam possessionem, cum illis semper fuerit legitime contradictum, et in foro competente de eorum iniquitate conquestum. A parte vero ecclesiae varii actus pignorationis probati erant, et hinc tanto magis haec in possessione manutenenda; cum et unicus actus sufficiat ad acquirendam et conservandam possessionem. Lud. Post. *de manut. obs.* 18. *n.* 3. *et* 4. Uti e diverso actus a possessoribus praedii dominantis allegati nunquam quiete peracti, sed semper ab ecclesiae capitularibus constanter repugnantibus tamquam turbativi in judicium delati sunt: actus autem turbativi, sine scientia vel patientia alterius gesti, non sunt habendi in consideratione. Post. *d. tr. observ.* 71. *n.* 5. Nec praejudicant ejusmodi mo-

lestationes et turbationes contra possidentem, quominus hic pro possessore habeatur. Post. *d. obs.* 71. *n.* 8. *versu*: *nec molestationes.*

16 Unde conclusum est, ecclesiam in possessione juris pignorandi, in litem deducti, constitutam esse.

RESOLUTIO III.

De actione hypothecaria adversus tertium feudi possessorem.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 5. *seqq.*
Decisio. n. 15.

1 Hugo et Hilarius, cum in certa causa *anno* 1585. ad cameram imperialem contra Antonium et Rudolphum appellassent, cautionem praestiterunt judicatum solvi, quod scil. in futura sententia definitiva acquiescere velint, constituta eo nomine in bonis suis feudalibus hypotheca. Accidit autem, ut *anno* 1589. Appellantibus adversa sententia publicaretur, quo facto speciatim contra Hilarii successores executio urgebatur. Interea vero Hugonis haeredes in tantum a creditoribus urgebantur, ut feudum suum mevianum sub regimine wolgastensi situm Titio, accedente principis confirmatione, cedere cogerentur. Inde lis orta inter Titii haeredes et creditores hypothecarios, cujus summa redibat ad quaestionem sequentem: an Titii haeredes creditoribus satisfacere, aut hypothecatum feudum eisdem cedere tenerentur?

3 Utut autem filii Titii actione hypothecaria a successoribus Antonii et Rudolphi conveniri posse viderentur, ob id, quod in supradicta cautione Hugo bona omnia, et simul feudum mevianum nexu hypothecae Antonio et Rudolpho obligasset. Feudum vero hoc alienatum cum onere suo ad aequirentem Titium pervenit, quoniam melioris conditionis non esse debet emptor, quam venditor. *l.* 32. *pr. versu*: *sed si ff. ad sc. vellej.* Indeque actio hypothecaria adversus Titii successores, tamquam tertios possessores, admittenda videbatur, ex *l.* 13. §. 3. *ff. de pignor. et hypoth.*

5 Verum enim vero, quia in instrumento cautionis
6 verbum feudi (*Lehen*) non in contextu positum, sed
7 inter lineas adjectum reperiebatur: in quo quidem verbo pars adversa totam ferme actionem suam fundare cupit; cum tamen urgens exinde suspicio nascatur: siquidem ex interlineari scriptura falsitas colligitur, si reperiatur in loco suspecto. Menoch. *de arb. jud. quaest. lib.* 2. *cas.* 187. *n.* 34. Mascard. *de probat.*
9 *concl.* 256. *n.* 2. *et concl.* 1254. *n.* 8. Praesertim cum hic concurrat diversitas manus et stramenti, quae suget falsitatis suspicionem. Prosp. Farinac. *quaest.* 153.
10 *n.* 19. *et* 20. Menoch. *lib.* 5. *praes.* 20. *n.* 9. Unde hypotheca generalis omnium bonorum nequidem in Pomerania ad feuda extenditur. Mev. *part.* 4. *decis.* 321.
11 Recess. Wolgast. *de anno* 1606. Porro etiam feudum mevianum sub alieno principe situm est, respectu loci, in quo cautio praestita fuit; illius autem principis consensus ad hypothecam hanc constituendam non erat requisitus. Quare generalis hypotheca; utut unius domini consensus accesserit, nil poterit operari in feudo, quod quis alibi recognoscit. Mev. *part.* 6. *dec.* 201. Ex diverso Titius feudum quaestionis adnuente 12
vero feudi domino acquisivit, et hinc ipse ob jus consensu munitum alii creditori nullum consensum pro se habenti merito praeferendus. Praeterea actio hypo- 13
thecaria jamdudum temporis lapsu exspiravit, quippe quae contra tertium possessorem post decem annos extinguitur, si is justum titulum et bonam fidem allegare queat, id quod praesenti casu se ita habet. Perez. *comment. cod. de praescr.* 30. *ann. n.* 5. Franzk. *comm. ff. quib mod. pign. solv. num.* 163. *seqq.* Ut ta- 14
ceam, quod Hugonis successores, tamquam debitoris, ipsi quadraginta annis huic actioni praescribere potuissent, ne adversus eos amplius actio pateret, cum eo tempore etiam contra debitorem actio hypothecaria expiret. *l. cum notissimi.* 7. §. 1. *c. de praescript.* 30. *et ibi dd.*

Ob haec momenta pronunciandum: Titii successo- 15
res non tantum ab intentata actione absolvendos, verum etiam adversam partem ob evidentem praescriptionem a limine judicii repellendam, et tamquam temere litigantem in expensas condemnandam esse.

RESOLUTIO IV.

De domino homines proprios vindicante, an ad juramentum suppletorium sit admittendus?

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3.
Rationes decidendi. n. 4. *seqq.*
Decisio. n. 19.

Henricus, nobilis pomeranus, qui in praedio suo 1
equestri homines proprios juxta morem provinciae habebat, adversus duos, Martinum et Petrum, subjectione sese eximere conantes, actionem instituerat; in qua causa *d.* 6. *octobr.* 1670. talis sententia publicabatur: ut, si actor, Henricus, juramentum in supplementum imperfectae probationis praestiterit, rei tamquam homines proprii ad eum redire teneantur. Contra quam sententiam rei petierunt restitutionem in integrum, et juramentum in supplementum in causa hac pro illicito habentes, sententiae reformationem quaesiverunt. Unde quaerebatur: annon, rejecta peti- 2
tione restitutionis, sententia ante memorata omnino confirmanda esset?

Quamquam autem plerique dd. in ea sint opinione, 3
quod in causa status juramento suppletorio locus non sit Jason. *in l. admonendi.* 31. *n.* 280. *ff. de jurejur.* Berlich. *p.* 1. *conclus.* 54. *n.* 27.

Attamen quia sententia haec textu juris expresse 4
decisa non reperitur, neque a dd. in universum admittitur. *vid. allegat.* a Berlichio *d. l.* indeque in du- 5
bio pro juramento suppletorio ex generalitate legis sentiendum per *l.* 31. *ff. de jurej.* inprimis, quia praesenti casu non tantum semiplena probatio, sed adhuc 6
major adest, dum ex testibus productis primus, quin- 7
tus et sextus adfirmabant, quod reorum majores subditi fuerint antecessorum Henrici, eisque praestiterint operas rusticas. Item: quod rei sub dominio Henrici 8
nati sint, per verba testis primi ac tertii; igitur juris est, quod natus in villa rustica a patre, qui rustico-

operas exercuit, rustiene conditionis esse praesumatur.
9 Mevius *part.* 5. *decis.* 227. *n.* 9. Contra haec vero Martinus et Petrus excipere nequeunt, quasi nulla sit consequentia, natum esse in pago quopiam, atque
10 hinc statim subditum esse. Tunc enim recte sic inferri necessum est, si de libertate illius, qui ita natus, aliunde non constet. Nam si incertum sit, liber an homo proprius sit aliquis, ille ex habitatione et operarum praestatione rusticus, et ex eo nati similis conditionis habentur. Mev. *d. decis.* 227. *in not. n.* 8.
11 Imo hoc casu potius servitus praesumitur, si liberum eum esse non appareat. Mev. *d. loc. n.* 9. *in not.*
12 Sed et concurrit praesenti casu praesumptio ab agnatione desumpta. Testes enim et quaestus ex testibus, qui deposuerunt, agnati sunt Martini atque Petri. Ast ipsi fatebantur, se ac majores suos subditos Henrici ejusque praedecessorum fuisse et adhuc esse; immo porro se etiam existimare, quod agnati sui, rei
13 scil. in hac causa ejusdem conditionis sint. Qui vero ex una familia sunt, ejusdem conditionis esse praesumuntur familiae, donec contrarium probaverint. Insuper et agnati factum ac qualitatem agnatorum scire praesumuntur. *arg. l. de tutela.* 7. *c. de in integr. re-*
15 *stit. l.* 9. *in fin. ff. Unde cognat.* Unde ipsis merito fides adhibenda; et adeo efficax haec praesumptio est orta ex conjunctione sanguinis, ut onus probandi in adversarium transferat. Roland. a Valle *vol.* 1. *consil.*
16 19. *n.* 39. Agnatio enim majorem scientiam involvit, quam vicinitas, et tamen pro scientia quoque vicinorum praesumitur. *c. quosdam.* 7. *x. de praesumpt. et*
17 *ibi* Felin. Vultej. *lib.* 1. *consil. marpurg.* 15. *n.* 86. Et licet rei aliud attestatum a Carolo agnato suo producere velint, quod majores sui nunquam proprii homines aut subditi fuerint: quemadmodum ipsi tale testimonium cum libello pro impetranda restitutione
18 porrecto exhibuerunt: nil quicquam tamen isthoc eisdem prodesse potest; etenim hoc testimonium extrajudiciale, injuratum et scriptum est; quae re magis ad Caroli attestatum juratum, quod is hac in causa legitime coram commissariis pro Henrico deposuit, respiciendum; neque etiam ei testimonium suum mutare liberum est, *per cap. praeterea.* 7. *x. de testib.*
19 *cog.* Nec rei poterunt exinde argumentum desumere ad impugnandum Caroli testimonium contra se dictum, quoniam ipsi eumdem pro se testem produxe-
20 runt. Testem vero, quem quis pro se habere vult, contra se improbare non potest. Militat non minus contra reos praesumptio ex more regionis et consuetudine pomeranica. Ibi enim ejusmodi qualitatis homines, cujus sunt rei, ordinarie subditi hominesque proprii sunt, praesertim, quando majorum libertas probari nequit, sed potius hi pagos inhabitantes operas rusticas praestiterunt, ac simili cum aliis subditis
21 vivendi ratione usi sunt. Jam vero in dubio ad mores regionis recurrendum, et si de speciali jure non constet, quid in illa regione observetur, attendendum, per *l.* 1. *pr. ff. de usu. l.* 30. § *f. ff. de leg.* 1. *l.* 21. §.
22 1. *in f. ff. qui test. fac. poss.* Semper enim, quod in regione illa frequentatum, ubi quid actum, observan-
23 dum est. *l. semper.* 34. *ff. de r. i.* Ex quo tandem sequitur; qui adversus reos non modo semiplena probatio, sed etiam evidentes conjecturae ac praesumptiones militant; actorem merito ad juramentum suppletorium admittendum esse. Nam et in causa status, si plus quam semiplene probatum, vel si alia aliqua praesumptio militat pro actore, ad juramentum suppletorium hic admittendus. Berlich. *p.* 2. *concl.* 54. *n.* 10. *ad quos ibi citat.* Quo casu et in criminali causa, praesertim, si civiliter agatur, hoc juramentum 25
admittitur. Fulvius Pacian. *de probat. lib.* 1. *cap.* 39. *n.* 28.

Quapropter priorem sententiam, non attenta petitione restitutionis, omnino confirmandam esse, conclusum fuit. 26

RESOLUTIO V.

Testamentum matris de rebus communibus condi tum, quatenus valeat?

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 14.

Helena marito suo Martino cum duobus liberis filio atque filia superstes, in viduitate retinuit bonorum communium administrationem; antequam vero moreretur, dispositione inter liberos condita, multa per praeceptionem filio legavit, eidemque collationis remisit necessitatem; eum vero eamve liberorum, qui dictam dispositionem ausus fuerit impugnare, usque ad legitimam portionem exhaeredem scripsit; est filia 2
ejusque maritus in illo non acquiescendum putarunt, donec constaret. An Helena modo dicto inter liberos disponere potuerit, indeque, an isthaec dispositio juri conformis esset? 1

Pro valore dispositionis hujus faciebat quod matri facultas testandi inter liberos nullibi adempta sit. 3
Carpzov. *part.* 3. *const.* 4. *def.* 15. *n.* 7. Reusner. *de testam. vol.* 2. *part.* 4. *cap.* 6. *n.* 1. in tantum, ut etiam ob inaequalitatem inter liberos, si legitime salva sit, dispositio ista subsistat, Carpzov. *d. constit.* 4. *def.* 21. *n.* 7. Vultej. *vol.* 1. *cons.* 29. *n.* 41. adeoque nec in casu praesenti testamentum Helenae, inae- 4 5
quales portiones liberis adsignantis, impugnandum videtur.

Verum enim vero, quia certum est, quod libertas testandi parentibus concessa de bonis propriis ad testantem pertinentibus intelligi debeat, cum de re aliena testari non liceat. Testatrix autem hoc casu non 6 7
de propriis, sed de communibus rebus disposuit; quemadmodum id ex tenore dispositionis apparebat sufficienter, et ab ipso filio nunquam erat negatum; cum tamen bona communia jure lubecensi liberis in tan- 8
tum obstricta sint, ut testatrix vivens ne minimum quidem de iis sine liberorum consensu alienare valuerit, vid. *jus lubecens. part.* 2. *tit.* 2. *artic.* 8. Quod extenditur; ut nec in casum liberorum ex his bonis 9
aliquid transferre liceat in caeterorum praejudicium. de. Mevius *comment. ad jus lubecens. de art.* 8. *n.* 57. quod quidem non de sola translatione inter vivos sed 10
et per ultimam voluntatem intelligendum est. Ubi enim res simpliciter alienari prohibita, nec per ultimam voluntatem in alium transferri potest. Johann. a Sande *de prohib. rer. alienat. part.* 3. *cap.* 3. *n.* 11. *et* 21. Covarruv. *in c. Raynaldus in pr. n.* 4. 6. *et seq.*

11 Et quamvis de re communi pro sua parte aliquis testari non prohibeatur; attamen considerari bene meretur, quod in praesenti de parte testatricis nulla cer-
12 titudo haberi possit. Etenim illa non, sicut debuit, inventarium confecerat, et hinc in incerto erat, quantum tempore mortis mariti adfuerit. De quantitate
13 igitur partis dimidiae cum non constet, filius quoque ne id quidem praetendere poterit, quod pro dimidia dispositio matris valere debeat, cum non jus deficiat, sed probatio, *per l. duo sunt Titii.* 30. *ff. de testam. tut.*

14 Hinc, inventario deficiente, et ipsa testatrice in culpa existente, cur tamquam usufructuaria contra juris communis et lubecensis dispositionem inventarium nullum confecerit, indeque nulla bonorum quantitas demonstrari possit, de qua legatae testandi facultas competiisset; et tandem, quia sic incertum remanebat, an res relictae ex usufructu, an vero ex proprietate: dispositionem hanc rebus sic stantibus nulla ratione valere posse, existimamus.

RESOLUTIO VI.

De alienatione contra pactum suscepta, et creditorum juribus ab emptore redemptis.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3.
Rationes decidendi. n. 4. *et seqq.*
Decisio. n. 12.

1 Cognati nonnulli pactum iniverunt, vi cujus nemo illorum bona sibi delata sine alterius consensu alienare debuit: adeo ut si quis secus fecerit, totum suum negotium ipso jure invalidum et nullum esset. Hoc non attendens Ascanius alienavit arcem Poel cum pertinentiis suis, neque requisivit consensum agnati sui Gambrivii junioris. Vendidit vero eam Cajo ita, ut hic loco pretii emptionis tantum creditoribus Ascanii, quomodo posset, satisfaceret, id quod Cajus fecit, vix dimidium aeris alieni creditoribus solvens, cum reliquum sibi
2 remissum esset. Quaerebatur itaque hic: an infirmus contractus venditionis de jure subsisteret?

3 Ubi quidem primo intuitu videri potest, eum subsistere, quia notum, quod quando per pactum prohibita rei alienatio, tunc si nihilominus facta, illa non reddatur vitiosa, sed res penes emptorem maneat, ipse vero venditor parti teneatur ad interesse. *arg. l.* 2. *c. de pact. int. empt.* Carpz. *p.* 2. *c.* 32. *def.* 8. Duasen. *in l. si ita quis* 131. §. *ea lege ff. de v. o.*

4 Verumtamen, quoniam hic non simplex est pactum de non alienando, sed clausula commissoria, quod alias
5 factum omne nullum esse debeat, subnexa; de jure autem non ignotum, quod clausula commissoria contractui verbis directis adjecta ipso jure eum resolvat. *l.* 1.
6 *et tot. tit. ff. ad l. commiss.* Unde in specie contra tertium possessorem, si clausula commissoria pacto de non alienando adjecta, agi posse, tradunt dd. Brunn. *in comment. ad l.* 2. *c. de pact. int. empt. n.* 5. Carpz.
7 *p.* 2. *c.* 1. *def.* 17. Et in hoc casu propinqui etiam bona sua sibi invicem oppignorarunt, ac jus contra tertium agendi expresse sibi reservarunt, quae hypothecae reservatio id effecit, ut ob jus reale alteri quaesitum contra tertium possessorem agere liceat. Carpz. *p.* 2. *const.* 32. *def.* 11.

Idcirco vi clausulae commissoriae pacto de non alie- 8
nando adjectae hanc alienationem pro nulla habendam esse pronunciatum.

Porro occurrebat dubitatio: an Caji haeredes inte- 9
gra debita, quae Cajus in se susceperat, jam repetere possent, an vero id tantum, quod Cajus revera creditoribus numeravit?

Et quia Gambrivio jus revocandi competit, hinc 10
Cajus non aliter, quam ut cessionarius creditorum considereri poterit. Jam vero notum, quod cessionarius pro nomine cesso nihil amplius repetere possit, quam ipse dedit, etiamsi cedens residuum donaverit. *per l. ob Anastasio fin. c. mandat.* Utut autem cessio hic non 11
principaliter, sed per consequentiam facta, quo casu lex anastasiana cessat. Leuw. *de cess. act. cap.* 25. *memb.* 3. *n.* 5. Nihilominus tamen Cajus ejusque haere- 12
des non melius jus praetendere possunt, quam quod illi competit, qui emit rem in qua alteri competebat jus retractus: atqui illi non majus pretium restituendum, 13
nisi quantum ipse revera dedit. Carpz. *p.* 2. *const.* 33. *def.* 5. *n.* 4.

Ideoque etiam Caji haeredes restitutione ejus, quod 14
Cajus revera numeravit, contenti esse jubeantur. Et sic pronunciatum.

RESOLUTIO VII.

De dote in processu concursus petita et assignata, an pro illata haberi debeat?

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 4.
Decisio. n. 15

Mariana Joachimo nubens, eidem *anno* 1647. *d.* 9. 1
octob. mille thal. dotis nomine, et quidem vel in parata pecunia, vel in quibusdam bonis nominibus, intra anni atque diei spatium se illaturam promiserat, postea, maritus dotis hujusce nomine accepit in sui securitatem a Carolo socero suo hypothecam in praedio caesariano serenissimi electoris consensu roboratam. Denique cum Carolus pateretur concursum creditorum, ipse quoque Joachimus inter illos comparuit, istos 1000. thal. liquidans, cui etiam certus in sententia prioritatis locus adsignatus fuit. Mortuo vero Joachimo inter haeredes et viduam contentio orta: an Mariana, utut 2
dos realiter soluta non fuerit, multo minus in rem mariti versa, nihilominus et dotem, et donationem propter nuptias, caeteraque in pactis dotalibus assignatas res petere, et harum praetensionum nomine jure retentionis uti possit?

Quamquam autem vidua alias dotalitium cum his, 3
quae eo pertinent, petere non valeat, ante quam promissa dos realiter soluta fuerit, aut ad minimum, nisi post mortem mariti vidua dotem cum usuris a tempore morae obtulerit, per tradita Carpz. *p.* 2. *const.* 44. *def.* 11. Struv. *syntagm. fund. exp.* 14. *thes.* 10. *num.* 4.

Hoc tamen non obstante, quia Joachimus in pactis 4
dotalibus contentus fuit, si dos promissa 1000. tha-

leror. in quibusdam vitio carentibus chirographis solveretur, et Marianae pater in hunc finem genero 1000. thaleros, qui sibi ex praedio Sejano debebantur, cessit; eumque haec summa in judicio amissa esset, Joachimus ejusdem dotis nomine a socero jus pignoris in praedio Caesariano, serenissimi consensu munitum, adeptus est. Istud quoque jus maritus acceptavit, sortem quaestionis in concursu liquidavit, et in sententia prioritatis locum certum obtinuit, hinc Mariana pactis dotalibus satisfactionem praestitit, ac dos pro illata haberi debebat. Et quia vidua haec de dotalitio sibi adscripto non cum agnatis, sed cum liberis mariti, qui factum et placitum defuncti praestare tenentur, litigabat: non opus fuit, praecisam dotis illationem et versionem in utilitatem feudi probare, sed sufficiebat, Joachimum cessis et sub hypotheca adsignatis 1000. thaleris contentum fuisse. Quoties enim cum liberis et haeredibus res est, nihil attinet, anxie versionem considerare, cum hi etiam sine ea, quin immo nulla etiam dote illata, factum defuncti, seu promissum dotalitium praestare tenentur, Richter. *de success. ab intest. sect.* 4. *membr.* 3. *n.* 31. Carpz. *d. p.* 2. *const.* 44. *d.* 9. Jacob. Schultes *in addit. ad Modest. Pistor. p.* 3. *quaest.* 122. *n.* 128. vid. dn. Praeses *de success. ab intess. diss.* 4. *c.* 2. §. 10. Et hinc porro Mariana ob illa omnia, quae sibi in pactis dotalibus adscripta, jure retentionis uti poterat, quoniam dotalitium quoque jure tacitae hypothecae gaudet. Dn. Mev. *part.* 1. *decis.* 173. *n.* 1. Carpz. *p.* 1. *const.* 28. *def.* 93. Et proinde multominus retentio eidem denegari poterit, cum retentionis jus latius sit jure pignoris, nam et illud ibi conceditur, ubi hoc deficit. Mev, *p.* 2. *decis.* 114. *n.* 3.

His ex causis Marianam, quamvis dotem realiter non solverit, nihilominus et dotem et donationem propter nuptias una cum reliquis secundum pacta dotalia petere, et horum nomine retentionis jure uti posse, censemus.

RESOLUTIO IIX.

Qua ratione bona patris aestimata, relicto matri usufructu, a matre liberis praestanda.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 13.

Titius discedens e vivis Sejam conjugem cum septem filiis reliquerat, Seja vero vidua, triennio post mortem mariti, cum Cajo secunda vota iniit, liberisque prioris matrimonii ante tutores petiit, et plenum inventarium bonorum communium confecit; curavit quoque eadem, cunctas facultates in certam aestimationem redigi, et sic dimidia pars liberis loco haereditatis paternae assignata fuerat, ita tamen, ut Seja usumfructum retineret, quamdiu liberos secum haberet, idque in compensationem alienationis. Quod si vero filii alibi habuerint commorandi occasionem, mater se eis 6. pro 100. usurarum loco soluturam, et cum elocarentur, se cuique ex liberis integram bonorum portionem praestituram promiserat. At postmodum de modo portionem solvendi controversia orta: siquidem mater bona immobilia pro pretio, in aestimatione bonorum constituto, retinere nolebat; filii autem quantitem haereditatis paternae sibi in divisione adsertam in pecunia parata desiderabant. Quaestio igitur sequens discutienda fuit: an Seja ejusve maritus Cajus cuique filiorum prioris matrimonii portionem suam haereditatis paternae in parata pecunia dare, atque immobilia sibi retinere cogendi; an vero liberi dimidiam domus atque praediorum cum commodo et incommodo recipere teneantur?

Contra Sejam quidem militare videbatur, quod tota haereditas semel in certam aestimationem redacta, et ita matri tradita fuerit. Quoties vero res alteri aestimato data, aestimatio venditionem facit a parte accipientis, *l. plerumque* 10. *in f. ff. de jur. dot.* Mev. *ad jus lubecens. lib.* 1. *tit.* 5. *art.* 8. *n.* 19. et per consequens commodum et incommodum in accipientem transfertur, ut proinde Seja liberis invitis praedia in solutum dare non posse videretur.

Verum enim vero, quia semper attendendum est, qua intentione aestimatio sit adjecta, cum tunc demum aestimatio venditionem faciat, quoties de re in alium transferenda agitur: quod tamen praesenti casu factum esse non constat; solus enim ususfructus in compensationem alimentorum usque ad separationem liberorum Sejae relictus, non autem bona pro certa aestimatione vendita sunt. Potius igitur ideo fuit aestimatio adjecta, ut liberi scirent, quanta sit eorum portio haereditatis paternae, quo casu aestimatio venditionem non facit. Dav. Mevius *d. artic.* 8. *n.* 28. Roland. a Valle *vol.* 1. *consil.* 92. *n.* 6. *et* 21. Sejae quoque beneficium inventarii competere necessum est, vi cujus liberis aliisque praetendentibus plus aut aliud dare non tenetur, quam quidem in inventario comprehensum est. *l. fin.* §. 4. *et ibi dd. c. de jure deliber.* Praeterea credendum non est, per illam transactionem dominum immobilium in matrem translatum fuisse, quoniam nullum judiciale decretum praecesserat: est manifesti et noti juris est, quod bona minorum immobilia sine decreto alienari non possint, *tot. tit. c. de praed. et al. reb. min. sin. decret. non alien.*

Nec refert, quod utique Seja liberis usuras promiserit, ex quo sors praesumenda sit: quandoquidem usurae saltim in compensationem ususfructus, quem mater liberis absentibus ex rebus eorum percepit, computari debent, quae per consequens nullum debitum in parata pecunia consistens praesupponunt.

Hinc inferebatur, quod, rebus ita comparatis, liberi paratam pecuniam petere non possint, sed si portiones suas ex rebus inventario comprehensis acceperint, contenti esse teneantur.

RESOLUTIO IX.

De jure repraesentationis Stetinensi, ejusque observantia probata.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 8. *seqq.*
Decisio. n. 17.

Vigelius intestatus moriens post se relinquit patruum patruique filios: quorum ille solus voluit ad successio-

nem admitti, hi vero jure repraesentationis, concurrere
2 cupiebant. Quaerebatur ergo, an consobrini hoc casu audiendi essent?

3 Supponebatur autem ab utraque parte litigantium, quod neque de jure saxonico, quippe ubi in linea collaterali penitus cessat jus repraesentationis. Carpz. *p.*
4 3. *const.* 18. *def.* 1. neque de jure civili, ubi ultra fratres fratrumque filios non extenditur jus repraesentationis, Auth. *Post. fratres fratrumque c. de legit. haered.* consobrini possint ad successionem venire.
5 Hinc tota controversia in eo erat, an juxta observantiam stetinensem, ad quam consobrini provocabant,
6 jus repraesentationis sibi competeret? Praejudicia quidem ab iisdem producebantur, sed haec tunc demum auctoritate sua pollent, si perpetuo ita fuerit judicatum.
7 *l.* 38. *ff. de legib.* Hic autem contraria praejudicia aderant, quod in his terminis contra jus repraesentationis pronunciatum fuerit: quae contraria praejudicia juri communi conformia, et ita haec potius sequenda prae iis, quae juri communi adversentur; quippe cum haec manifesta nullitate laborent, *l.* 2. *c. quando prov. non est nec.*

8 His vero non obstantibus, certum est, quod ubi observantia contraria inducta, jus commune amplius non attendatur, sed judex observantiam et stylum curiae sequi debeat, nisi nullitatem velit committere. Franciscus Vivius *decis.* 401. *n.* 49. *seq.* Pruckman. *vol.*
9 1. *consil.* 10. *n.* 47. Jam observantia stetinensis per praejudicium *de die* 4. *maj.* 1632. pro jure repraesentationis in casu simili probata erat: quo enim pacto probatur consuetudo, eodem modo et observantia ac stylus curiae probatur, Petr. Rebuff. *de consuet. artic.*
2. *gloss.* 13. *n.* 54. Cardin. Tusch. *pract. conclus. lit.*
10 *s. concl.* 692. *n.* 10. At consuetudo probatur, si contradicto aliquando judicio confirmata sit. *l. cum de*
11 *consuetudine* 34. *ff. de legib.* Ergo etiam observantia praesens per sententiam in contradictorio judicio latam probabitur. Hinc in genere concludunt dd. per sententiam probari consuetudinem, Mascard. *de probat. conclus.* 427. *n.* 1. Rebuff. *de consuet. artic.* 2. *gloss.* 3.
12 *n.* 4. *et* 34. Quod hoc in casu tanto certius est, quoniam sententia illa libro judiciario stetinensi legitime inserta est, et ita fidem publicam meruit; acta enim publica pariter et res judicata notorietatem inducunt. *l.* 10. §. *emptorem* 12. *ff. de act. empt.* Menoch. *remed. re-*
13 *cuper. poss.* 1. *n.* 238. Wesemb. *lib.* 1. *consil.* 6. *n.* 63. His accesserat novum attestatum scabinorum stetinensium sive responsum, quod Stetini haec observantia vigeat; jam vero illis, qui quotidie in foro versantur, de observantia et stylo curiae deponentibus credendum. Matth. *de Afflict. decis.* 78. *n.* 6. Flamin. *Paris. de resignat. benefic. lib.* 3. *qu.* 6. *n.* 30. Pru-
14 ckman. *vol.* 2. *consil.* 9. *n.* 98. Nec obstant in contrarium adducta praejudicia, quia non erat ostensum, quod illa in causis civium stetinensium ventilata fuerint, id enim specifice probandum, praecise in hoc judicio ita pronunciatum fuisse. Farinac. *tom.* 3. *de-*
15 *cis.* 486. *n.* 7. Et adductae sententiae *de anno* 1632. nunc demum nullitas opponi nequit post praetervlapsos *anno* 48. cum nullitas tantum intra triginta annos op-
16 poni possit. Mev. *p.* 1. *decis.* 100. Quemadmodum etiam de jure sax. consuetudo per 30. annos, annum et diem introduci potest. Carpz. *p.* 2. *c.* 3. *d.* 21. Quod tempus jamdudum praeteriit.

Et hinc observationem stetinensem, jus repraesen- 17
tationis in patruo patruique filiis quoque admittere, pronunciatum fuit.

RESOLUTIO X.

De revocatione feudi in Pomerania sine refusione pretii.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 5. *seqq.*
Decisio. n. 13.

Translatum erat feudum ad certam familiam nobi- 1
lem in Pomerania pertinens ad manus molitoris, contra quem mortuo alienatore agnatus revocatoriam feudi instituebat, sed pretium possessori refundere nolebat; hinc controvertebatur. An ad revocationem admittendus 2
sit agnatus sine refusione pretii?

Equidem extra controversiam est, quod in feudis Po- 3
meraniae nonnulla obtineant singularia, a communi feudorum natura discrepantia, et in specie, quod haec feuda aeri alieno sint obnoxia. Mev. *part.* 4. *decis.* 192. Unde nec revocatio feudi, antequam pretium re- 4
fusum, in his locum habere videtur.

Verum enim vero, quia secundum jura feudorum com- 5
munia negari plane non potest, quod quando agnatus jure successionis feudum ad se devolutum a possessore revocat, non teneatur possessori refundere pretium. 2. *feud.* 26. §. *Titius.* Quod et verum est, licet in ali- 6
quem agnatorum, sed remotiorem, feudum fuisset translatum. Hartm. Pistor. *lib.* 2. *qu.* 6. *n.* 20. Struv. *syntagm. feud. c.* 13. *th.* 16. *n.* 2. Haec autem commu- 7
nis juris dispositio nullibi per speciale aliquod statutum in Pomerania mutata reperitur. Quandoquidem 8
irregularitas feudorum pomeranicorum, quam ex eo habent, quod aeri alieno sint obnoxia, ultra hunc passum non extendenda; cum in aliis feuda Pomeranica naturam, substantiam et qualitatem feudalem firmiter retineant. Ernest. Cothm. *vol.* 3. *resp.* 21. *n.* 16. *seqq.* Hinc et in Pomerania constanti usu obtinuit, quod in 9
casibus feudalibus per statuta et speciales consuetudines expresse non decisis, stetur jure communi. Cothmann. *vol.* 3. *resp.* 35. *n.* 59. 69. *seqq.* quemadmo- 10
dum alias quoque statuta semper ita veniunt interpretanda, ut quam proxime accedant ad jus commune. Tiraquell. *de ll. connub. gloss.* 2. *n.* 23. *post. pr.* Hinc 11
jus statutarium non extenditur de casu ad casum. Mev. *part.* 2. *decis.* 40. *n.* 5. Carpz. *part.* 2. *const.* 53. *def.* 10. *n.* 13. Idque ipsum etiam praejudiciis una 12
cum facti specie ad facultatem transmissis conforme, et per consequens attendendum erat, per *l.* 37. *ff. de ll.*

Igitur ex his causis recte existimatum fuit, etiam in feudis Pomeraniae revocationem feudi sine refusione 13
pretii locum invenire.

RESOLUTIO XI.

De exceptionibus altioris indaginis agnato revocanti objectis.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.

Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 11.

1 In eodem casu cum possessor feudi revocandi exceptiones varias opponeret, has vero altioris indaginis di-
2 ceret actor, in controversiam deductum fuit: annon ad reconventionem reus cum suis exceptionibus remittendus esset?

3 Ubi quidem reus non immerito provocavit ad jus retentionis, quoniam refutans feudum usque ad 2300 flor. de peculio suo castrensi in praedium quaestionis
4 impenderat. Cum ergo ob meliorationes in feudis retentio locum invenit. Struv. *syntagm. j. feud. cap.* 15.
5 *et* 16. *n.* 2. Mev. *p.* 5. *decis.* 397. *n.* 11. Hinc reus, quippe ad quem istud praedium pro qualitate meliorationum translatum est, hoc jure utique uti posse videtur.

6 Verumtamen, quia meliorationes allegatae, prout quidem narratum fuit, non erant probatae, quo casu retentionis jus nullum invenit locum, per conclus. Po-
7 meran. *tit.* 28. *concl.* 1. Non enim habet locum retentio, nisi in debito liquido. Negozant. *de pignor. p.* 5.
8 *membr.* 4. *n.* 10. Hinc non sufficit meliramenta allegare, sed oportet probare, Klock. *vol.* 3. *cons.* 155.
9 *n.* 152. Insuper incertum, annon ex fructibus perceptis sumptus meliorationis jam maxime compensati fuerint. Compensantur enim cum fructibus meliratio-
10 nes. Klock. *vol.* 3. *consil.* 254. *n.* 76. *et* 93. E diverso autem hoc casu jus retentionis per cautionem tolli potest. Mev. *part.* 2. *decis.* 214. *n.* 7.

11 Hinc decisum fuit, quod si meliorationes non sint in continenti liquidabiles, ex adverso autem ab actore sufficiens praestetur cautio, reus cedere, et cum exceptionibus suis ad reconventionem remitti debeat.

RESOLUTIO XII.

De dote sororibus ex substantia feudi solvenda, cui competat electio bonorum?

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 7. *seqq.*
Decisio. n. 20.

1 Flavius per sententiam condemnatus fuit, ut sororibus suis ex feudo, cujus aestimatio erat 38000. flor. intra quatuor septimanas solveret 18000. flor. quos cum in parata pecunia praestare non posset, necessitas ipsum adegit, ut distributionem bonorum susciperet, et ita sororibus satisfaceret, qua occasione contro-
2 versia nascebatur, an ipsi Flavio, an sororibus ipsius electio competat, quid ex feudis paternis pro dote assignandum sit?

3 Equidem negari non potest, quod creditori, cui bona in solutum offeruntur, de jure competat electio. *n.* 4.
4 *c.* 3. Carpzov. *asyl. debit. th.* 70. *n.* 237. Quemadmodum hoc ipsum ultimo rec. imper. omnino consentaneum, atque ibidem expresse confirmatum est. *Rec. imper. de anno* 1654. §. *So wiel nun die Capitalia.*
5 Praeterea quoque filiarum elocatio est onus feudi. Hart-
6 mann. Pistor. *part.* 1. *quaest.* 37. *n.* 5. Adeoque omnia et singula feuda hoc onere afficiuntur, et per consequens manifestum esse videtur, quod sine discrimine bona feudalia sororibus jam in judicio agentibus sint adsignanda.

Verumtamen, quia in casu praesenti dotis constitu- 7
tio procul dubio immodica est, siquidem ferme dimidia feudorum pars per illam absorbetur, cum tamen filio duae tertiae ex feudis juxta observantiam pomeranicam liberae manere debeant, dn. Mev. *part.* 3. *de-*
cis. 364. *in fine.* Et hinc summa postulat aequitas, ut 8
frater, quippe qui per constitutionem tantae dotis haud parum gravatus est, per electionem bonorum paternorum sentiat aliquale levamen; gravatus enim in uno sublevari debet in altero, *arg. l. jure succursum.* 6. *ff. de j. dot. l.* 10. *ff. de r. i.* Simon. Pistor. *p.* 1. *cons.* 20. *n.* 10. Nec minus in dividendis bonis feu 9
dalibus semper major ratio habenda filiorum, quam filiarum, quandoquidem illi paternam familiam continuant, et domino feudi ad servitia feudalia obstricti permanent; quare his merito praerogativa quaepiam in 10
feudis est concedenda: feuda enim dantur familiae, haec vero per masculos saltim propagatur, cum filia familiae finis sit. *l.* 195. §. *fin. ff. de v. s.* Jam vero 11
publice interest, ut familiarum dignitas salva sit. *l.* 1.
§. 13. *ff. de ventr. inspic.* Quod praesertim in fami- 12
liis nobilium reipublicae utilitas exigit. Casp. Klock. *vol.* 3. *consil.* 182. *n.* 148. Hinc propter familiae favorem receptum, ut mares retineant bona prae filiabus, et foeminae recipiant aestimationem suae portio- 13
nis. Wesembec. *part.* 2. *consil.* 51. Unde et in divi- 14
sione bonorum paternorum, quantum ad immobilia, regulariter masculi praeferendi sunt foeminis. Decian. *vol.* 1. *consil.* 6. Carpzov. *p.* 3. *c.* 15. *d.* 7. Rauchbar. *part.* 1. *qu.* 41. *n.* 14. Concurrit praeterea hic 15
non leve domini feudi interesse, ne tam exquisita dotis paternae exactione feuda diminuantur; domini enim plurimum interest, ne feuda dotibus vel alia ratione plus justo onerentur, et vassallus ad servitia feudalia reddatur inhabilis, Hartmann. Pistor. *p.* 1. *qu.* 37. *n.*
19. Coler. *decis.* 213. Hinc non ita constituenda dos 16
est, ut feudi praecipuam partem absorbeat. Mev. *d. decis.* 364. *in med.* Unde filiae actrices cum aliis cre- 17
ditoribus, qui bona in solutum accipere tenentur, comparari nequeunt; quoniam creditores tantum de damno vitando, et pecunia sua debitori credita recuperanda; filia vero de lucro ex feudis cum insigni successoris feudalis incommodo capiendo certant, ut proinde ex *n.* 4. *c.* 3. nullum argumentum filiae pro sua intentione desumere queant. Utut etiam dotatio ista sit onus 18
feudi, attamen civiliter illud intelligendum erit, ne nimium oneretur feudum, sed ut potior ratio agnatorum habeatur. Mev. *part.* 2. *decis.* 119. *n.* 2. Unde 19
feudo postea imminuto, ratio dotis antea constitutae amplius haberi non solet. Carpzov. *part.* 2. *const.* 46. *def.* 19.

His ex causis merito in casu praesenti fratri con- 20
vento electio relinquenda erit.

RESOLUTIO XIII.

Sorores, quibus pars feudi pro dote praestatur, etiam partem sylvae onerosae accipere tenentur.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.

Rationes dubitandi. n. 3.
Rationes decidendi. n. 7. *seqq.*
Decisio. n. 12.

1 In praecedenti casu inter bona distribuenda in specie occurrebat sylva quaedam aestimata pro 9000. florenis, cujus ratam frater inter bona alia sororibus pro satisfactione offerebat, cum autem sylva illa certis oneribus subjecta, sorores ejus partem oblatam acceptare recu-
2 sabant, ubi iterum disputabatur: an sorores partem hujus sylvae pro illo pretio, quod aestimata fuit, in solutum accipere teneantur?

3 Quamvis autem juxta resolutionem praecedentem fratri Flavio commodum electionis assertum fuerit, sylva autem illa suis laboraret incommodis, quae in actis expressa erant, et hinc cum frater elegerit ipsum praedium nobile (*den Ritter-Sitz,*) justum quoque esse, ut sylvam hanc integram cum suis commodis et incommodis retineret, nec sorores ad sylvae partem suscipiendam adstringerentur ob aequissimam regulam in *l.* 10. *ff. de r. i.*

4 Quia vero sorores loco praedii equestris alia praedia satis frugifera acceperunt, et ita per electionem fratern
5 nam in effectu laesae non sunt; sylva etiam haec ita comparata, ut exinde omnia bonis quibusve paternis reparandis necessaria ligna desumi debeant, quales pertinentiae, tamquam accessorium, secundum naturam principalis
6 censendae sunt, Klock. *vol.* 1. *consil.* 42. *n.* 9. ut hinc, cui pars ex toto, seu principali cedit, illi etiam portio ex
7 accessoriis seu pertinentiis cedere debeat. Immo pertinentiae in omni contractu, etiam feudali fundum sequuntur,
8 licet hoc in specie non expressum Mev. *p.* 2. *d.* 196. Unde aequum, et juri communi consentaneum est, quod res communis aequaliter sive pro rata communionis dividenda sit. *l.* 4. *c. commun. div. l. majoribus.* 3. *c. commun. utriusque judic.* Sicut et alias aequalitas ubivis servanda, tam in contractibus, quam commerciis. Richter. *dec.* 1. *n.* 6. Klock. *de contribut. cap.* 16. *sect.* 1. *n.* 157. Quod praecipue inter fratres et
9 sorores obtinere debet. *l. cum pater.* 77. §. *dulcissimis.* 20. *ff. de leg.* 2. *l. ut liberis.* 17. *c. de collat.*
10 Ejusmodi enim aequalitas est inductiva, nutritiva, conservativa et consolidativa concordiae, fraternaeque charitatis et affectionis. Schurff. *cent.* 1. *cons.* 71. *n.* 2. Add. Tiraquell. *de jure primogenit. qu.* 1. *n.* 5. *seqq.* Richter. *decis.* 29. *num.* 35. Consil. Marpurg. *vol.* 1.
11 *cons.* 26. *n.* 99. Quod quidem per commodum electionis fratri concessum minime tolli potest, cum is hoc beneficium non habeat ex liberalitate sororum, sed jure suo ac praecipuo, quod ipsi in feudis competit; unde etiam hoc in ipsius odium non detorquendum. *l. quod favore* 6. *c. de legib. l. nulla.* 25. *ff. eod.*
12 Quapropter jam satis apparet, quod actrices saepius memoratam sylvam pro rata bonorum ipsis in solutum datorum accipere teneantur, indeque ista sylva, tamquam pertinens, secundum proportionem bonorum reliquorum distribuenda veniat.

RESOLUTIO XIV.

De feudo in solutum dato, an ob inhaerentem praestationem equi feudalis detur actio?

S U M M A R I A

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi, n. 3. *seq.*
Rationes decidendi. n. 5. *seqq.*
Decisio. n. 19.
Alterum quaestion. membr. n. 20.
Rationes. n. 21.
Decisio. n. 25.

Flaminius nobilis pomeranus affini suo Buckovio feu- 1
dum certum loco promissae dotis in solutum dederat, sub expressa evictionis promissione; cum vero postea Buckovius videret, huic feudo inhaerere praestationem equi, quem ordinarie ex feudis nobiles domino praestant, ejus loco mille florenos, quanti communiter equus feudalis existimari solet, ab affine suo Flaminio prae- 2
tendebat; hinc quaerebatur, an justa ejus petitio esset, et an Flaminius ad integrum pretium equi feudalis praestandum obligetur?

Quamvis autem Flaminius, cum affini suo Buckovio 3
praedium daret in solutum, eidem promiserit evictionem, ipseque alias jam ex natura contractus ad id obligatus sit, siquidem notum est, quod et in datione in solutum evictio veniat praestanda. *l. si praedium* 4. *c. de evict. novell.* 4. *cap.* 3. Laurent. Tennin. Rodulph. *tract. cautelar. c.* 37. *n.* 1. Deinceps etiam communi 4
observantiae in ista provincia congruit, quod venditori praedii equestris certa quantitas pro equo feudali detrahi queat.

Hoc tamen non obstante, quia praedium quaestionis 5
Buckovio non simpliciter, sed sub certa determinatione venditum: scil. *eodem pretio, quo a dominis commissariis antehac aestimatum, atque Flaminii parenti addictum fuit.* Neque evictio aliter, quam secundum 6
eamdem determinationem promissa; quod scil. si forte juxta aestimationem antedictam praedium deterioratum vel depretiatum fuerit, venditor hoc nomine Buckovio satisfacere, ac periculum evictionis in se suscipere velit. Deinde secundum proposita in facto certum, quod Flaminii parenti hoc praedium praevia aestimatione ita fuerit addictum, ut ob equum feudalem ipsi nihil remissum, nec ulla satisfactio praestita esset. Unde juris est, quod ex qualitate adjecta quali- 8
ficetur ipse actus vel contractus, et eidem diversam naturam induat. Menoch. *vol.* 1. *consil.* 35. *n.* 13. Hippol. de Marsil. *singular.* 520. Adeoque Flaminius pro 9
praedio isto non alia ratione evictionem praestare tenetur, quam sicut ipsius parenti illud erat addictum. Vendidisse enim videtur jus suum, quod habet in tali praedio, quo casu ad evictionem non tenetur. Caballin. *de evict.* §. 5. *n.* 39. quod praesertim obtinet, si emptor qualitatem juris, quod venditor habebat, sciverit. Hartmann. Pistor. *obs.* 212. *n.* 35. *seq.* Neque 10
vero Buckovii praedium quaestionis a servitiis liberum in solutum est datum, sed tantum eo modo, quo antea Flaminii parenti addictum fuerat. Jam vero, quia onus 11
equi feudalis tacite feudum ipsum sequitur, Flaminius eo nomine haud obligatus est; non enim tenetur venditor evictionis nomine ob hoc, quod tacite solet accedere, nisi fundus ut optimus maximus traditus fuerit. *l. quod ad servitutes pen. ff. de evict.* sufficit 12
enim alias praestari fundum, qualis est. *l. cum ven-*

dens. 59. *ff. de contrah. empt.* Caballinus *de evict.*
13 §. 5. *n.* 69. Est praeterea hoc onus equi feudalis onus consuetum feudo regulariter cohaerens, quare Buckovius sibi ipsi imputet, quod in acceptando praedio non cautius sibi prospexerit: venditor enim ad praestationem evictionis non tenetur de oneribus consuetis, sed saltim de ignotis ac occultis. Carpzov. *part.* 2. *const.*
14 34. *def.* 20. Et quamquam dd. aliqui hoc casu nihilominus emptori adserant actionem quanti minoris.
15 Caballin. *d.* §. 5. *n.* 70. Attamen haec intra annum a tempore venditionis instituenda fuisset, per *l. sciendum.* 19. §. *fin. ff. de aedilit. edict.* quod hic minime
16 factum. Sed neque observantia Pomeraniae, qua equi feudalis nomine emptori satisfieri debet, Buckovio prodesse potest, quia ipse in contractu sibi eo nomine
17 prospicere debuisset. Porro quoque, quemadmodum jam antea dictum est, hoc praedium non simpliciter, multo minus sine onere, sed tantum certo modo datum fuit ipsi in solutum, quae qualitas promissa, si a venditore
18 praestita fuerit, ad plura is non poterit adstringi. Ulterius etiam decreta in hac causa facta non possunt contra Flaminium vires rei judicatae habere; siquidem ibi aequissime judicatum, quod equus feudalis a possessore sit exigendus, et possessor cum ipso venditore controversiam hanc componere debeat: quo ipso tamen Flaminius cum suis exceptionibus non est exclusus, quum hujusmodi decreta semper salvis adversae partis exceptionibus intelligenda sint.

19 Quapropter omnino existimandum fuit, quod Flaminius rebus ita se habentibus ad evictionem condemnari non possit; sed Buckovio sufficere debeat, si Flaminius illi cedat actionem suam adversus haeredes comitis Eberii, tamquam primi venditoris, competentem.

20 Quod autem attinet ad alterum quaestionis propositae membrum, utrum Flaminius Buckovio integros 1000. flor. praestare teneatur, an vero sufficiat, si illi singulis vicibus restituat pecuniam pro equo feudali praestandam? Utut autem hoc minus commodum videatur
21 Buckovio, toties quoties aliquid hujus servitii nomine exactum, repetitionem contra Flaminium instituere. Attamen, quia Buckovius nullum amplius interesse praetendere poterit, si pecunia eidem restituatur, quoties nomine servitii equestris aliquid exactum fuerit: cessante vero interesse cessat de evictione actio, quia saltem interesse per actionem de evictione petitur. *l. si controversia.* 9. *c. de evict. ibi: quanti tua interest. l.*
22 25. *c. eod.* Et exceptio: tua non interest, omnem agentem repellit. Bartol. *ad l. si unus.* 27. §. 4. *versu. ante omnia. ff. de pact.* Alexand. *ad l.* 11. *c. eod.* Porro
23 Flaminius possessione rerum immobilium satis instructus est, adeo, ut Buckovius eo nomine sufficientem habeat securitatem, immo etiam, si necessarium foret, debita cautione eumdem ulterius securum reddere pot-
24 est; nec minus Buckovius ipse per acceptationem partis de soluta pecunia feudali tacite in hoc consensit; ex partis enim acceptatione praesumitur approbatio totius *arg. l.* 7. §. *fin. de scto. maced. l. cum fidem.* 4. *c. de non num. pecun.*

25 Hinc Flaminius de jure non tenetur, integros 1000. flor. solvere, sed Buckovius acquiescere debet, si ob
26 jam solutam, vel etiam de futuro solvendam pecuniam feudalem, sibi a Flaminio satisfiat, et eo nomine interea sufficiens cautio praestetur.

RESOLUTIO XV.

De liberorum dispositione contra fideicommissum paternum.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 5. *seqq.*
Decisio. n. 12.

Lavinae parens inter caeteros filios ipsam quoque 1
in testamento suo haeredem scripsit, eidemque eum in modum substituit, ut in casum quo ipsa decesserit sine liberis, marito praeter dotem et pretiosa, dimidia tantum bonorum relinquatur, altera dimidia ad fratres sororesve recidente; subjunctaque fuit testamento paterno clausula: quod is, qui ultimam istam voluntatem quovis modo ausus fuerit impugnare, exhaeres esse debeat ad legitimam usque. Postea vero Lavinia condit testamentum, relinquens marito suo bona materna, quippe de quibus parentis testamentum nihil disposuisse videbatur. Sed et si forte legitima, aut praeter eam nonnihil ex bonis paternis dispositioni Laviniae subjaceret, id omne voluit eadem vi ultimae voluntatis suae marito reliquere, de caetero autem paterno testamento acquiescebat, Lavinia mortua, nascebatur gravis controversia inter maritum et fratres sororesve superstites. Controvertebatur enim: 2
num legitima et trebellianica non obstantibus tabulis paternis dispositioni Laviniae subjecta remanserint?

Negabant hoc fratres et sorores, et pro se allega- 3
bant testamento subjectam clausulam, vi cujus legitima integra sine ullo onere relicta fuit Laviniae, sed eum haec maluerit amplecti conditionem fideicommissi, non patris duritiei, sed propriae electioni tribuat, quod nequidem in legitima liberum retinuerit disponendi arbitrium. Immo si concedatur, eam nondum 4
renunciasse juri suo petendi legitimam ab omni onere liberam; tamen adhuc dum locum habebit paterni testamenti clausula, quod cum Lavinia per suum testamentum voluntati paternae contravenerit, expropter amiserit omne jus in bonis sibi relictis, excepta sola legitima. Quae omnia sua ratione constare videbantur.

Contra haec urgebat maritus, quod juxta jura no- 5
toria liberi fideicommisso gravati duplicem quartam detrahere possint, inprimis, si fideicommissum post aliquod tempus demum praestandum veniat, *per tradita* Carpzov. *p.* 3. *const.* 1. *def.* 21. Philippi *ur. pract. inst. lib.* 2. *t.* 28. *eclog.* 98. Et haeres fiducia- 6
rius a quolibet fideicommissario id, quod sibi debetur, pro rata deducere potest. *per l.* 2. *et pen. c. ad l. falc. et ibi* dd. Quemadmodum ergo filiae in hoc 7
casu non tantum bona materna, sed etiam ex paternis legitima et trebellianica integra debetur, ita dispositio paterna restringenda erit ad bona, quae detractis his superfutura sunt *secundum praejudicia apud* Carpzov. *d. def.* 21. Neque etiam pater expressis ver- 8
bis prohibuit dictarum quartarum detractionem, quod tamen ad eam impediendam necessarium fuisset *arg. nov.* 1. *c.* 2. adeo, ut quamvis testator omnia integre 9
praestanda esse dixerit, hoc tamen secundum jura in-

terpretandum sit, ut salva semper maneat falcidia vel trebellianica. Carpzov. *p.* 3. *c.* 1. *d.* 13. Fachin. *lib.* 10 5. *contr.* 13. Berlich. *p.* 2. *decis.* 272. Imo non pauci dd. prohibitionem trebellianicae ne quidem expressam liberis primi gradus ullatenus praejudicare censent, de quibus Struv. *jurispr. forens. lib.* 2. *tit.* 25. §. 4. Petr. Anton. de Petr. *de fideicomm. qu.* 15. *n.* 152. *seqq.* Thesaur. *quaest. forens. lib.* 4. *qu.* 36.

11 Nec petitio legitimae et trebellianicae est impugnatio testamenti, cum illa salvo hoc fieri bene possit, adeoque cessante testamenti impugnatione cessabit adjecta poena exclusionis usque ad legitimam.

12 His de causis pro marito decisum fuit, liberam adhuc dispositionem Leviniae, tam in bonis maternis, quam in legitima et trebellianica ratione paternorum competisse.

RESOLUTIO XVI.

Nomen oppignoratum titulo etiam oneroso acquirens, tenetur creditori hypothecario satisfacere.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Decisio. n. 14.

1 Balduinus ab Augustino mutuabatur 300. thal. in spec. et in hujus crediti securitatem oppignoravit creditori nomen 500. thal: quos illi debuerat Javolenus. Memoratus vero debitor biennio post idem nomen 500. thal. in dotem dedit suo genero Joachimo, qui propterea a creditore Augustino conveniebatur, ubi quae-
2 situm: an Joachimus Augustino creditum 300. thal. in dotem datum restituere teneatur?

3 Quamvis autem de jure non ignotum, quod dominium rei in dotem datae transeat in maritum. *pr. inst. quib. al. lic. vel non l.* 9. *c. de r. v.* quemad-
4 modum hunc in finem a Balduino obligatio Javoleni genero tradita, et per hanc traditionem omne jus in
5 eum translatum est. Deinde erat oppignoratio nominis saltem ad annum facta, ac proinde post varios annos praeterlapsos amplius valere non potest, quia notum, quod, quae ad certum tempus concessa, lapso tempore censeantur revocata *cap.* 4. *x. de offic. jud. deleg.* Et licet adhuc dum pignoris jus subsisteret,
6 attamen antea debitoris bona venirent excutienda, neque statim Joachimus tamquam tertius pignoris possessor conveniendus esset. *nov.* 4. *cap.* 2. *et auth. sed hodie c. de obl. et act.* Neguzant. *de pignor. p.*
7 8. *membr.* 1. *n.* 11. *seqq.* Ex quibus causis Joachimus reus in sua intentione fundatus esse, et absolutionem ab hac actione mereri videbatur.

8 Attamen cum debitum Javoleni pro mutuo 300. thal. speciali pignoris nexu sit obligatum, et in jure notum, quod si res specialiter obligata, in alterum translata sit, creditor possit mox, non excussis debitoris bonis, contra tertium pignoris possessorem experiri, et rem obligatam repetere. *novell.* 112. *cap.* 1. *vers. ab hoc autem.* Carpzov. *p.* 2. *c.* 18. *d.* 18. *it. p.* 1. *dec.* 12. *n.* 13. B. Brunnemann. *ad l.* 16. *n.*
9 10. *ff. de pignor.* Richter. *ad auth. sed hodie. n.* 5. *c. de obl. et act.* Quae omnia in casu praesenti tanto magis inveniunt locum, quia oppignoratum nomen nequidem revera in tertium translatum, sed apud debitoris filiam, quae patris haeres facta, remansit. Dos enim manet proprium uxoris patrimonium. *arg. l.* 3. §. *ergo etiam.* 5. *ff. de minor. l.* 30. *c. de jure dot.* Quando itaque debitor ejusve haeres rem oppi- 10
gnoratam possidet, creditor eam mox, relictis aliis bonis, excutere potest. *l. fin. cap. de oblat. et act. junct. nov.* 4. *cap.* 2. Translatio quoque dominii per 11
titulum dotis jus hypothecae tollere nequit, notum est enim, quod hypotheca ipsam rem afficiat. §. *item serviana.* 7. *j. de act.* res vero transit in alterum cum suo onere, qualiscumque etiam hic possessor sit. *l. cum fundo* 36. *et ibi* Bald: *ff. de servit. rust. praed.* Nec est, quod nomen hoc ad annum tantum oppigno- 12
ratum esse dicatur, siquidem hypotheca, tamquam accessorium obligationis principalis, conditionem hanc annexam habet: si debitum intra anni spatium solutum fuerit. Quod quia factum non est, hypotheca utique suam vim retinet. Mora enim rei sicuti fide- 13
jussori nocet, ut scilicet ille etiam postea teneatur. *l. mora.* 88. *ff. de v. o. et ibi dd.* Ita quoque hypothecam continuabit, donec de debito satisfactum sit; praesertim, quia hic non tam ipsa hypotheca est certo tempore circumscripta, quam dies solutioni destinatus, quo non observato, nihil decedit hypothecae.

Itaque Joachimum, non attentis exceptionibus suis, 14
de nomine 500. thal. quod in dotem accepit, 300. thal. Augustino solvere debere, judicatum est.

RESOLUTIO XVII.

De aestimatione fructuum restituendorum in Pomerania.

SUMMARIA.

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 12.

Haeredes Stichi, penes quem grex ovium ad Nera- 1
tium pertinens creditii jure fuerat, retinuerunt eum, donec creditum solveretur, interea vero oves, sine tamen culpa haeredum, omnes moriebantur: hac de causa haeredes in judicium vocati, tandem condemnati fuerunt per sententiam d. 5. maji 1679. ad restitutionem fructuum tam perceptorum quam percipiendorum. Quae sententia varie quoque confirmabatur, donec *die* 3. *novembr. ejusdem anni*, et sic post rem judicatam, per aliam sententiam fructus ita determinarentur, ut legitimum usurarum modum excederent: contra quam sententiam haeredes Stichi nullitatem opposuerunt, unde nata quaestio: an posterior sententia pro nulla 2
habenda, et prior executioni mandanda esset?

Equidem videtur sententia posterior de jure valida 3
esse, nam in priore non erat determinata quantitas fructuum perceptorum et percipiendorum, cum ergo super puncto nondum deciso judicatum non erit sententia rei judicatae contraria, ut nullitas ei obstet. Porro notum, quod creditores hypothecam vel pignus possidentes, fructus perceptos et percipiendos restituere teneantur. *l.* 3. *c. de pign. act.* Jam vero mani- 4
festum est, quod fructus ejusmodi legitimum usurarum modum facile excedere, et sic de jure tamquam

5 interesse peti valeant. Jam vero creditor, quoties probare potest interesse, non tenetur ordinariis usuris contentus esse, sed ei liberum est, petere, quantum ipsi abest, quantumque lucrari potuisset, *arg. l.* 13. *ff. rem. rat. haberi* Carpz. *c.* 30. *def.* 9.

6 Veruntamen quia ex variis praejudiciis diversteril
7 electoris ostendebatur; quod in Pomerania haec observantia recepta, ut loco fructuum restituendorum computentur ordinariae usurae, et ejusmodi observantia, praesertim si per judicata fuerit approbata, vim et auctoritatem legis habet. *l.* 34. *et l.* 38. *ff. et ll.*
8 Francisc. Viv. *decis.* 36. *n.* 12. *tom.* 2. Adeo ut observantia omnium actibus dominetur. Pruckmann. *consil.*
9 38. *n.* 19. Hinc sententia contra stylum et observantiam lata ipso jure nulla. Bartol. Bertazz. *clausul.* 4.
10 *Gloss.* 36. *n.* 5. Guid. Papae. *decis.* 292. *n.* 2. Nec executioni mandanda. Ludovic. *d. decis.* 36. *n.* 12.
11 Quibus perpensis apparet, sententiam posteriorem contra observantiam latam esse; quia in priori restitutio fructuum usque ad mortem ovium reis injuncta, quorum fructuum quantitas et certitudo ex moribus Pomeraniae dependet, scil. juxta quantitatem usurarum.
12 Quapropter intentionem haeredum contra sententiam posteriorem juri consentaneam esse pronunciatum.

RESOLUTIO XVIII.

Minorennitatis beneficium in processu summarissimo non attenditur.

S U M M A R I A.

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 7. *seqq.*
Decisio. n. 16.

1 Vidua quaedam pro se et filio suo minorenni subscripserat chirographum Glassenio datum, in quo pro mutuo 700. thal. huic creditori concessa erat hypotheca in praedio quodam cum clausula constituti possessorii: non multo post Glassenio per mandatum judicis de non turbando confirmata fuit possessio rei hypothecatae; sed contra hoc opposuit debitor exceptionem minorennitatis, qua tamen non attenta per decretum *de die* 18. *aug.* 1676. confirmabatur mandatum, remisso minore ad petitorium. At vero contra decretum dictum petiit debitor restitutionem, eamque obtinuit, adeo ut obligationis clausula de constituto possessorio, juxta et mandatum de non turbando cassatum fuerit: qua sententia laesus creditor restitui se
2 petebat, hinc quaestio resultabat: an contra hanc sententiam, in favorem minorennis latam, restitutio obtineri posset?

3 Tempore quidem obligationis contractae debitor fuerat minorennis, et ita contra contractum, ex quo laesus, etiamsi tutores consenserint, restituendus est. *l.*
4 1. *c. si tutor. vel curator. interven.* In primis quia praedium hypothecatum fuit cum constituto possessorio, per quod possessio hypothecae in creditorem translata; jam vero non valet obligatio vel alienatio bonorum immobilium minoris, nisi decretum magistratus interpositum fuerit. *s. t. c. de praed. min.* Neque 5 obstat, quod minor postea novum chirographum creditori datum subscripserit cum clausula juratoria, in quo a matre gesta ratihabebat, quia id inter pocula sine sufficienti deliberatione factum; quandoquidem jurato minor asserere vult, se illo tempore ebrium nescivisse, quid subscripserit. Juramenta autem minorum non aliter eos obligant, quam si sponte et deliberato praestentur, non si dolo vel metu minores ad jurandum inducantur. *auth. sacramenta. pub. c. si adversus vendit.* Immo praedium hypotheca oneratum feudale 6 est, cujus oppignoratio sine consensu domini fieri non potuit; domini autem consensus adhibitus non fuit. 2. *feud.* 55. *de prohibit. feud. alien.*

Veruntamen quia certum fuit, veram et manute- 7 nibilem possessionem praedii quaestionis in creditorem translatam esse: constitutum enim possessorium idem operatur, ac si res revera tradita fuisset. Tira- 8 quell. *de constit. possess. p.* 2. *ampliat.* 1. *n.* 2. Et sic transfert possessionem ad quoscumque effectus, et ad omne remedium possessorium, Postius *de manuten. obs.* 20. *n.* 14. *seqq.* Mevius *p.* 5. *decis.* 351. quem- 9 admodum etiam mandata varia pro hujus possessionis manutentione emissa fuerunt: pro tali vero possessore tamdiu pronunciandum, isque in possessione tuendus, donec constet de jure petitoris, Gail. *lib.* 1. *obs.* 5. *n.* 5. Gutierrez. *pract. quaest. l.* 5. *quaest.* 10 78. *n.* 4. Atque hic non nisi in possessorio hucusque litigatum est, ubi non ad justitiam tituli, sed ad actualem possessionem respicitur; quae enim jus alterius concernunt exceptiones, illae cum ad petitorium spectent, in hoc judicio non admittuntur. Gerh. Pfankuch. *de summariss. poss. lib.* 2, *cap.* 4. *n.* 5. Menoch. *rem. ret. poss.* 3. *n.* 739. *seqq.* Unde exceptio mino 11 rennitatis in summarissimo plane non invenit locum, nam etiam minoris rem occupans acquirit detentionem, et in ea est manutenendus Post. *de manutenent. obs.* 14. *n.* 3. *et p.* 2. *decis.* 295. *n.* 3. Taceo, quod mi- 12 norennitatis ad impetrandam restitutionem minime sufficiat, sed laesionis probatio sit necessaria, Sfort. Oldd. *de restit. q.* 36. *artic.* 2. *n.* 10. *seqq.* Laesio autem non praesumitur ob subscriptionem matris, tamquam tutricis. Sic exceptio quoque, quod res sit feudalis, est de jure tertii, et non competit vassallo alienanti, sed domino feudi, Vult. *com.* 3. *consil. marpurg.* 35. *n.* 242. Quae quidem omnia ad petitorium 14 pertinent, nam possessor rei minoris manutenendus est, etiamsi allegetur nullitas contractus, Postius *d. tr. obs.* 62. *n.* 11. Ultimo non potest confirmatio ju- 15 rata obligationis maternae praetextu allegatae ebrietatis et non perlecti instrumenti revocari, quia hae exceptiones altioris indaginis sunt, et pariter rejiciuntur in processu summarissimo, utpote in quo minor sibi praejudicare potest. Postius *obs.* 57. *n.* 38.

Hinc Glassenium contra sententiam pro minore la- 16 tam restitui et in possessione defendi debere, donec in petitorio aliud evictum fuerit, existimatum est.

DISPUTATIO VIGESIMA QUARTA

DE VARIIS FORI CONTROVERSIIS,

D. SEPTEMBR. ANNO MDCCVI.

PRO LICENTIA.

HENR. ERNESTUS HULSEMANN, ADVOCATUS AULICUS SAXO-GOTHANUS.

INGRESSUS.

Quod quondam conquestus fuit Neratius Jctus *in l. 2. ff. de juris et fact. ignor.* jus finitum esse posse et debere, facti autem interpretationem plerumque etiam prudentissimos fallere; hujus rei veritatem nemo magis experitur, quam qui causis in foro peragendis animum applicavit. Quamvis enim et hic saepius quaestio recurrat, quid juris sit? Attamen difficultas tunc suboritur, si factum sit dubium, de quo inter se controvertunt litigantes. Alius has, alius alias suggerit circumstantias, et ita factum, super quo judici cognoscendum, magis involvunt, quam explicant. Quodsi tandem factum ipsum ex instrumentis deducendum sit, nova plerumque suboriuntur dubia, quomodo illa interpretanda, ut de genuina contrahentium voluntate constet: quo casu cum conjecturis utendum sit judici, vix evitari poterit, quo minus, omni licet adhibita interpretandi prudentia, fallat fallaturque. Quod si tandem de facto quadamtenus constet, nova suboritur dubitatio, quale jus huic facto applicandum sit; nam jus ex facto nasci, in confesso est, *l. 52. §. 2. ff. ad l. aquil.* non quasi jus ante factum non existat, sed quod ex applicatione juris ad factum saepius juris jam constituti temperamentum inveniendum sit; ut hinc pateat, illis quam maxime necessarium esse, ut non de sola juris doctrina, sed et de juris applicatione in tempore solliciti sint, qui aliquando aliis de jure respondere vel judicantibus assidere, aut clientum causas tueri cupiunt. Quapropter cum et mihi, qui causarum patrocinio me, juvante Deo, mancipavi, idem incumbere censeam, hoc in praesenti quoque, ubi pro honoribus academicis consequendis publicum specimen edendum est, observandum censui. Cum enim jam ante sexennium in academia Giessensi publice disputaverim *de solutione pro alio facta*, jam casus aliquot practicos mihi a dn. Praeside benigne communicatos ulterius elaborandos suscepi, quos in praesenti lectoris candidi arbitrio eruditorumque examini submitto. Hoc vero, ut feliciter eveniat, Deum t. o. m. supplex imploro, ut gratia sua in hoc et aliis negotiis meis adsit, quo omnia ad ipsius gloriam et proximi salutem vergant.

CASUS I.

De versione in feudum qualitatem allodialem non tollente.

SUMMARIA.

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 5. *seqq.*
Decisio. n. 18.

1 Bertholdus sorori suae Henriettae nubenti certam promisit dotem et paraphernalia, simulque ei totam aviae adhuc viventis haereditatem expresse reservavit. Deinde vero mortua avia et mox Bertholdo, successor feudalis Adrianus negabat, se teneri haereditatem aviae restituere, eo, quod ipsa in feudum versa feudalem qualitatem induerit. Quaerebatur, an illa Adriani allegatio ad excludendam Henriettam ab haereditate aviae sufficiat? 2

Decesserat quidem avia ante Bertholdum, et hinc haereditas pro dimidia parte ad hunc, tamquam nepotem, delata, praesumi potest in feudum ab eodem versa, adeoque ex allodialibus feudalia facta esse. Quando enim bona possessa sunt cum feudalibus, tunc praesumuntur esse feudalia. Post. *de manutenent. p.* 2 *decis.* 346. *n.* 1. Jason. *lib.* 2. *consil.* 235. *n.* 6. *seq.* Et ex qualitate personarum nobilium bona ipsorum feudalia censentur. Modestin. Pistor. *vol.* 1. *consil.* 22. *n.* 6. *vers. so giebt es die qualitas personarum.* 3 4

5 Verum quia sine omni dubitatione haereditas aviae pertinet ad bona allodialia; eam vero qualitatem feudalem indui se facti est, et indiget probatione allegantis. *l. in bello* 12. §. *facti* 2. *ff. de captiv. et postlim.* Mascard. *de probat. conclus.* 732. Semper enim praesumitur, rem esse allodialem et non feudalem. Menoch. *lib.* 3. *praesumpt.* 91. *n.* 2. Carpz. *p.* 1. *const.* 27. *def.* 7. Unde si inter agnatum et filiam, an res feudalis an allodialis sit, controversia moveatur, filiae interim possessio tribuenda. *cap.* 1. §. *inter filium. si de feudo defuncti contentio sit.* 2. *feud.* 26. donec qualitas feudalis ab agnatis probata sit. Hartm. Pistor. *p.* 2. *qu.* 30. *tot.* Rosenthal. *de feud. cap.* 12. *concl.* 14. Quae ipsa non tantum de filia, sed et de sorore vasalli pariter sunt intelligenda, ut et pro hac praesumendum, bona esse allodialia. Hartm. Pistor. *d. p.* 2. *qu.* 39. *n.* 8. Decius *consil.* 424. *n.* 11. Ut hinc, quae de praesumptione pro qualitate feudali ex Modestino adducta, restringi debeant ad casum, quo multa indicia pro ea concurrant, ut tunc personarum conditio reliquas praesumptiones confirmare quodammodo possit. Interim in casu praesenti versio haereditatis aviae in feudum non tantum non est probata, sed plane non probabilis, siquidem paucis horis post aviae mortem ipse decesserat Bertholdus, qui proinde versionem illam ne quidem poterat cogitare. Et ante mortem aviae versionem factam non esse, colligitur ex pactis Bertholdi, quibus haereditas quaestionis Henriettae reservabatur. Immo posita quoque versione, tamen propterea successor pecuniam versam non poterit tamquam feudum praetendere, cum, ut res fiat feudalis, non sufficiat sola destinatio vasalli, etiamsi pactum additum sit, pecuniam debere esse feudalem, nisi consensus domini investientis accesserit. Carpz. *p.* 3. *const.* 30. *def.* 2. *n.* 5. Et bona, licet feudi gratia comparata, et ad feudum destinata, non tamen cum ipso transferuntur. Schrader. *de feud. p.* 2. *part.* 9. *princ. sect.* 4. *n.* 6. Et quamvis illa versione feudum essét melioratum, attamen notum est, quod meliorationes feudi aestimentur jure allodialium Schrad. *d. tr. part.* 10. *sect.* 18. *n.* 127. Et hinc ad filias devolvantur, quibus eo nomine in feudo competit jus retentionis. Mev. *p.* 3. *decis.* 368. Quemadmodum hoc etiam per conclusa pomeranica expresse receptum. *vid. conclus. unic. tit. ult. de meliorat.*

18 Unde Henrietta ad haereditatem aviae non tantum pro sua, sed etiam pro parte Bertholdi admittenda erit, eamque ex feudo Bertholdo relicto petere jure poterit.

CASUS II.

De lite auctoris auctori denunciata.

SUMMARIA.

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio n. 10.

1 Neratius, qui fratris defuncti viduae Sabinae ob illata ejus ex feudo solvere 5000. thal. debebat, creditrici hunic in solutum dedit praedium Vesuntinum cum omnibus juribus et pertinentiis, ac speciatim cum jure braxandi, et diversorium cerevisia instruendi. Huic juri cum se opponeret vicinae urbis senatus, denunciavit Sabina litem Neratio, eamque denunciationem fecit debito modo insinuari. Interea Vesuntinum praedium Sabina vendidit genero suo Servio, et postea lis dicta iterum resuscitata a Senatu adversus possessorem Servium, qui proinde hanc litem rursus denunciabat Neratio. Sed negabat hic, se auctorem esse respectu Servii, et hinc a possessore praesente litem denunciandam esse Sabinae, non sibi. Quaerebatur igitur, an Neratius hac 2 exceptione tutus sit?

Fundamentum quidem denunciationis est evictio, 3 quam denunciatus praestare tenetur. *arg. l.* 8. 21. 39. *et aliarum c. de evict.* Praestatur autem evictio propter 4 promissionem, vel propter contractum, cui praestatio evictionis tacite inest. *l.* 6. *c. d. t.* Carpz. *p.* 2. *const.* 34. *def.* 23. Quia ergo Neratius cum Servio non contraxit, neque unquam promisit evictionem, lis ei denunciari non poterit; siquidem solum auctorem, hoc 5 est, eum a quo possessor rem accepit, ejusque haeredem ad evictionem teneri certum est. *l.* 6. *c. d. t.* e contrario contra auctorem auctoris de evictione agi nequit. Peregrinus *decis.* 89. *n.* 13. Guzman. *de evict. qu.* 11. *n.* 2. *et seqq.* Ut adeo Servius Sabinae tantum hanc litem denunciare posse videatur. Add. Barbosa. *ad l. venditor ff. de judic. num.* 14. *seqq.*

Verum quia hoc casu lis Neratio jam erat ante ab ipsa 6 Sabina denunciata, cujus denunciationis ea est efficacia, ut denunciatus actori adsistere teneatur in mota lite, Franzk. *ad tit. ff. de evict. n.* 695. et re amissa, regressus pateat ad ipsum. Neque hic nova lis agitatur, sed 7 eadem, quam Sabina Neratio denunciavit, adversus praesentem possessorem continuatur, cujus litis periculum, cum semel sit per denunciationem legitimam in Neratium translatum, reo licet mutato, denunciatus a se avertere nequit. *per l.* 8. *c. de obl. et act. et l.* 35. *ff. de r. j.* Ulterius emptorem in jura venditoris, quae ei 8 jam tempore venditionis erant quaesita circa rem venditam; succedere rationis est. Mantic. *tr. de tacit. convent. lib.* 4. *tit.* 14. Men. 3. *praesumpt.* 97. *n.* 43. Col 9 accedit expressa cessio jurium a venditrice secunda Servio facta: quoties vero venditor secundus sua jura jam cessit emptori secundo, toties hic ex omnium confessione mox contra primum venditorem agere, eique litem denunciare potest. Caballin. *de evict.* §. 3. *n.* 143. Guzman. *de evict. qu.* 11. *n.* 3. Peregrin. *decis.* 89. *n.* 3.

His de causis pro Servio respondendum, litis de- 10 nunciationem Neratio recte factam esse, et hunc reo in processu adsistere, casumque evictionis praestare teneri.

CASUS III.

De jure retractus domini per simultaneos investitos excluso.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 7. *seqq.*
Decisio. n. 16.

Vassallus quidam decedens varios reliquebat filios, 1 qui, cum feudum avitum b. aere alieno liberare nequi-

rent, ad alienationem ejusdem coacti fuere. Itaque primum cum consiliario quodam episcopali de alienatione feudi memorati tractabant, et cum in idem placitum convenire non possent, contractum postea iniverunt cum Joh. Henrico, adhibito quidem consensu domini feudi, inscio tamen simultanee investito Ottone. Quare hic, jure suo protimiseos utens, idem offerebat pretium, quod Joh. Henr. dare promiserat. Itaque Joh. Henricus compulsus fuit, ut recederet ab emtione. Deinde vero novus emptionis permutationisq: contractus cum Ottone et Burchardo initus et consummatus usq; ad confirmationem electoralem. Priusquam vero haec accederet, protestando intervenit Ludovicus, qui producebat a serenissimo acceptum privilegium, vi cujus ipse in feudo quaestionis alienando protimiseos jure uti, aliisque emptoribus praeferri posset. Supervenit et advocatus fisci, adserens, ob alienationem sine praecedente domini feudi consensu factam, contigisse feudi caducitatem, et proinde vasallum eo privari debere contendebat. Hinc quaerebatur:

2 Annon Otto simultanee investitus, ejusque in hoc contractu socius Burchardus, non attento praetenso jure protimiseos Ludovici a principe impetrato, sit in

3 emptione manuteneudus?

Quamquam autem, quod jus a serenissimo electore Ludovico cessum attinet; doctoribus juris certum sit, quod domino feudi sine omni controversia protimiseos jus competat in casu feudi legitime alienati. *c.* 1. §. *porro.* 2. *feud.* 9. Carpz *p.* 2. *const.* 31. *d.* 6. Tiraquell. *de retractu.* §. 23. *glos.* 2. *n.* 1. *et seqq*, Schrader. *de*

4 *feudis parte* 8. *c.* 3. Sutor. *tract. de retract. th.* 8. Idque jus etiam secundum communem dd. opinionem a feudi domino ad alium transferri possit. Sutor. *de retract. th.* 299. Tiraquell. *d. tr.* §. 26. *gl.* 1. *n.* 44. Rosen-

5 thal *de feud. cap.* 9. *concl.* 92. *n.* 8. *et seqq.* Competit enim hic retractus domino de jure communi; tali vero casu generaliter consentiunt dd. retractum, qui non contra jus commune, sed secundum illud competit, cedi posse. Reinking. *de retract. qu.* 2. *n.* 549.

6 Attamen, quia dictum jus retractus non aliter competit domino, quam si ad extraneum per venditionem

7 vasalli feudum sit perventurum; agnatus vero, quia simultanee investitus, propter jus reale, quod jam tum in feudo habet, Struv. *de feud. cap.* 9. *thes.* 16. ipsi domino praefertur. Tiraquell. *de retr. lign.* §. 21. *gloss. unic. n.* 1. Sutor. *de retractu. th.* 20. hic autem ejusmodi casus adest, quando venditio facta est simultanee investito Ottoni, unde manifestum, quod jus praelationis a domino feudi cessum contra memoratum simultanee investitum locum habere nequeat.

8 Burchardum vero, tamquam coemptorem, quod concernit, ipse quidem simultanee investitus non est, indeque contra hunc jus protimiseos a Domino feudi prae-

9 tensum locum invenire videri potest. At vero, quia hic Burchardus non emit, sed permutavit praedium

10 suum Z. cum dimidio feudi B. quemadmodum et in contractu expresse mentio facta permutationis: quae permutatio valide manet, licet dictum praedium Z. aestimato datum, et insuper certa pecunia adhuc pro-

11 missa sit. Siquidem certum est, venditores praedium non ita vendituros fuisse, nisi recuperare potuissent praedium Z. non enim alias habuissent alium subsi-

12 stendi locum. Quando autem dubium est, an contractus empti, an permutationis celebratus, praecipue ad intentionem contrahentium respiciendum, quoniam praedium Z. praedium permutatum appellitant. vid. Carpz. *p.* 2. *constit.* 32. *d.* 15. *n.* 4. Card. Mantica *de tacit. et ambig. convent. lib.* 28. *t.* 2. *n.* 2. Quod tanto magis claresci ex eo, quod Burchardus pecuniam quidem una cum praedio Z. dederit, valor autem hujus praedii longe superavit datae pecuniae quantitatem, quando vero in rei alienatione res et pretium intervenit, permutatio praesumitur ex omnium dd. consensu, si res major sit pretio. Carpzov. *cit. def.* 15. *n.* 8. Franzk. *ad tit. de contrah. emt. n.* 212. Bachov. *vol.* 1. *disp.* 3. *th.* 5. Et licet opponatur, quod praedium Z. nihilominus per pecuniam pro toto feudo B. solvendam longe superetur, et hinc contractus sit potius pro venditione quam pro permutatione habeudus, cum hoc casu a potiori fiat denominatio. *arg. l.* 6. *c. de pact. inter empt. et vendit.* Molina *justit. et jur. tr.* 2. *disput.* 336. Attamen ignotum non est, quod una res

15 diversis pro una parte vendi, pro altera parte permutari possit; id quod in casu praesenti factum esse, manifestissime ipsa indicant contractus verba, dum ibi dicitur, emptionis permutationisque initum esse contractum, idemque feudum B. venditum atque permutatum appellatur, et in fine additur, hunc emptionis et permutationis contractum inviolabiliter esse

16 servandum. Ex quo sine controversia sequitur, quod respectu Ottonis, tamquam simultanee investiti, praedium pro parte dimidia emptum; altera vero dimidia

17 Burchardo permutationis jure sit acquisita. In permutatione autem juris retractus efficaciam cessare, testes sunt Carpzov. *p.* 2. *constit.* 32. *def.* 15. Rosenthal. *de feudis cap.* 9. *m.* 2. *concl.* 90. *n.* 10. Reinkiug. *de retractu. qu.* 4. *n.* 79. Schrader. *de feudis p.* 8. *cap.* 3. *n.* 4. Pingizer. *quaest. saxon.* 36. *n.* 1. *seqq.* Berlich. *p.* 2. *concl.* 39. *n.* 50 *seqq.*

18 Unde hactenus dicta satis evincebant, hanc alienationem praedii B. a parte simultanee investiti Otton. jure venditionis, a parte vero Burchardi jure permutationis subsistere, praetensum autem jus protimiseos admitti non posse.

CASUS IV.

De consensu domini in alienatione feudi non requisito.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 21.

Deinceps in eadem causa hactenus ventilata quaestio 1
sequens solvenda proponebatur; an vassallus sine con 2
sensu domini feudum alienans illo propteres, tamquam felloniae criminis reus, privandus veniat?

Quamvis autem in jure feudali perspicuis verbis 3
cautum reperiatur, quod vassallus, qui sine domini feudi consensu ad alienationem feudi prosiluit, eodem privari debeat, 2. *feud.* 52. *et* 55. quod in casu 4
praesenti tanto magis videtur admittendum, quia non tantum sine consensu domini contractus est initus, sed et ipsa feudi possessio translata, ubi vero contractus traditione consummatus, ibi felonia quoque consummata est, et sic locus privationi. Rosenthal *de*

feud. cap. 9. *conclus.* 12. *n.* 1. *et seqq.* Struv. *de feud. cap.* 13. *th.* 9. *n.* 4. Accedit specialis constitutio electoralis sax. quod quoties emptor ex contractu sine domini consensu inito ante secutam confirmationem empti feudi possessionem nactus fuit, feudo cadat. vid. mandat. elector. *de die* 6. *julii* 1622. *et de die* 24. *febr.* 1681.

6 Attamen quia ad felloniam praecipue requiritur, ut vassallus dolose quid egerit in contemptum domini: cessante enim dolo vel lata culpa, cessat feudi privatio. Schrader. *de feud. p.* 2. *partis.* 9. *sect.* 7. *n.* 15. *seqq.*

7 Quare etiam in juribus feudalibus haec ratio redditur, ob quam vassallus per alienationem feudum amittat, quia videtur contemnere dominum. *cap. ult. in f* 2.

8 *f.* 24. In praesenti casu autem contemptus domini nullus reperitur, quia semel generaliter consensit dominus feudi, ut feudum B. multis debitis oneratum alienaretur; qui consensus domini feudi praecedente diligenti causae cognitione datus est, adeo, ut in causa praesenti domino invito et ignorante nihil susceptum

9 fuerit. Ubi nihil impedit, quod consensus domini tantum directus fuerit ad alienationem Johanni Henrico faciendam, qui cum sit stricti juris, de casu ad casum, itemque de persona ad personam non veniat extendendus. Rosenth. *de feud. c.* 9. *concl.* 33. *n.* 1.

10 *et* 2. Schrader. *de feud. p.* 8. *c.* 4. *n.* 14. *inf.* quoniam ratio dati illo tempore consensus, scil. aes alienum, in alienatione etiam posteriori militat, in qua tanto minus de domini approbatione fuit dubitandum, quod ea non extraneo, qualis erat Joh. Henr. sed simultanee investito facta, qui propinquum suum, Burchardum, ideo simul admisit, quia solus non potuit tan-

11 tam pecuniae summam pro feudo solvere. Sed et ipse Burchardus jam serenissimi domini feudi vassallus erat. Quando autem feudi dominus consentit in alienationem intuitu certae personae, poterit vassallus in personam aeque habilem et domino aeque gratam feudum alienare sine poena. Zas. *de feud. p.* 9. *n.* 36. Rosenthal. *cap.* 9. *concl.* 33. *in not. sub lit. b.* Wurmserus *obs. pract. lib.* 1. *tit.* 51. *obs.* 16. Immo etiam in hac alienatione posteriori non est omissus domini feudi consensus et ratificatio, quippe quae desuper expresse requisita fuit, nec contractus aliter initus, quam cum reservatione consensus et ratificationis do-

13 mini. Jam vero communis feudistarum sententia est, quod si feudum venditum sit cum expressa reservatione consensus domini, privatio locum non habeat. Borcholt. *de feud. c.* 8. *n.* 82 Rosenthal. *de feud. cap.*

14 9. *concl.* 61. Heig. *p.* 2. *qu.* 18. *n.* 36. Et quamquam aliqui dd. ejus sint opinionis, quod haec reservatio consensus tunc saltim excuset a fellonia, si nondum translata possessio, Godofr. Anton. *disp. feud.* 9. *th.*

15 7. *lit. b.* Rosenthal. *d. l. n.* 7. sicut et mandatum electorale sax. expresse disponit, quod si ante declarationem consensus domini, et ante ratificationem alienationis emptor occupaverit alienati feudi possessionem, eoque fuerit usus, illud ipsi domino cedat, tamquam

16 caducum. Nihilominus tamen ex jure feud. notum est, quod si feudum in aequatum simultanee investitum translatum sit, domini consensus ad hoc non si necessarius. *c.* 1. *vers. licet prohibeatur.* 2. *f.* 39. Hartmann. Pistor. *lib.* 2. *qu.* 6. *n.* 19. Tiraquell. *de retract.* §. 11. *gloss.* 6. *n.* 7. *sqq.* Coeppen. *qu.* 54. *n.*

17 34. Ut adeo, quantum concernit Ottonem simultanee investitum, nihil hic, quod poena dignum sit, commissum appareat. Burchardus autem simultanee quidem investitus non est, vassallus tamen est serenissimi, et judicii aulici adsessor, cujus familia jam a multis annis feudorum nomine saxonicis electoribus fidelis et in constanti devotione permansit. Ut hinc 18
evidens sit, cessare in casu praesenti rationes prohibitionis in memorato mandato feudali subjectas, scil. ne domino invito obtrudatur vassallus aut persona domino feudi parum grata feudum obtineat; quod ad Burchardi personam minime potest applicari. Accedit 19
porro, quod alienatores feudum B. nondum judicialiter resignaverint, et consequenter dominium suum nondum transtulerint; quo casu, praesertim cum omnia reservato domini consensu peracta sint, privatio feudi locum invenire plane non poterit. Hartm. Pist. *obs.* 230. Struv. *de feud. c.* 13. *th.* 9. *n.* 6. Sicut 20
enim jure communi vassallus absque consensu domini alienatum feudum repetere, et poenam privationis evitare potest. Heig. *p.* 21. *qu.* 18. *n.* 19. Ita multo magis hoc licebit, quando moribus ante resignationem nondum perfecta censetur alienatio. Struvius *d. n.* 6.

Apparet itaque ex hactenus dictis, feudi privationem 21
hic nullum invenire locum.

CASUS V.

De praestanda evictione ob onera a venditore non indicata.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 9. *seqq.*
Decisio. n. 17.

Javolenus praedium suum, sub electoris sax. superio- 1
ritate situm, Bernhardo vendiderat pro 4050. thal. De quo tamen pretio onera detrahenda erant, quo facto venditor emptori certa onera, et inter haec 50. sexagenas tributarias, quas ibi *Steuer-Schock* appellant, praedio inhaerentes indicavit, quoad omnia vero reliqua onera et retardata emptori promisit evictionem. Postea autem compertum est, non 50. sed 640. sexagenas praedium onerare, quam ob rem jam emptor a Javoleno evictionis praestationem petebat; quaerebatur itaque: an ejus intentioni jura subveniant? 2

Quamquam autem venditor exciperet, quod tempore 3
venditionis nonnisi 50. exigi solita fuerint, et adhuc sint, ut proinde emptor nondum laesus dici queat; haec ratione autem evictionis praestatio, antequam aliquid evictum, peti non possit, nec ullus adversus venditorem regressus pateat. *l.* 3. *c. de evict. l.* 57. *pr. ff. eod.* Emptor etiam ratione onerum horum a quaestoribus sufficientem informationem petere potuisset: sibi 4
ergo imputandum esse videtur, quod has collectas prius non exploraverit, et ita cautius negotiatus fuerit. *arg. l.* 19. *ff. de r. i. l.* 2. *c. de furt.* Carpzov. *p.* 2. *const.* 34. *def.* 20. *n.* 5. Immo etiamsi illa onera 5
integra jam possessoribus rursus imponerentur, id tamen pro facto principis habendum esset; quae vero per principem auferuntur, ad illa praestanda non tenetur venditor, cum tale factum annumeretur casibus fortuitis. *per l. Lucius.* 11. *ff. de evict. et ibi.* dd. Al-

phonsus de Guzmann. *tr. de evict. qu.* 52. *n.* 75. Sebast. Medices *de casib. fortuit. qu.* 12. *n.* 6. Ad minimum ejusmodi onera semel remissa, si post peractam venditionem rursus exigerentur, pro novis post contractum perfectum supervenientibus reputanda viderentur. Jam vero ad novas collectas, novaque onera fundo vendito imposita non tenetur venditor. Carpz. *lib.* 4. *resp.* 79. *n.* 12. Gail. *lib.* 2. *obs.* 52. *n.* 10. Praesertim collectae pro onere personali vel mixto habendae sint, dum personis pro rebus imponuntur. *l.* 5. *c. qui bonis cedere.* Contrahentes autem tantum praesumuntur respicere ad onera mere realia. Carpzov. *lib.* 4. *resp.* 79. *n.* 6.

Hoc tamen non obstante, quoniam in venditione expresse conventum, ut onera rei venditae inhaerentia a pretio venditionis detraherentur, quod pactum pro lege contractus habendum. *l. cum te.* 6. *c. de pact. int. empt. et vendit.* Idque pactum juri communi non est contrarium, quia venditor hic onera non retinet, contra *l.* 1. *c. sine censu vel reliquis.* sed solum pretium venditionis per detractionem onerum minuitur; jam vero venditori liberum fuit, quo pretio emptori rem suam vendere voluerit, quia illi etiam cum suo incommodo rem distrahere permissum est. Carpz. *p.* 2. *const.* 31. *d.* 21. *n.* 2. Neque vero dictum fuit in conventione, quod venditor tantum onera hactenus exigi solita de pretio detrahi permittere velit, sed is potius simul contra *omnia reliqua* evictionem promisit, quae particula universalis omnia comprehendit, nec quicquam excludit. *l.* 13. *c. mand.* Decius *in l. omnia.* 7. *ff. de r. cred.* Re autem ita se habente, manifestum est, quod venditor omnia, quae in specie affirmavit, praestare teneatur. *l.* 19. *ff. de aedilit. edict.* Nec his obstant, quae loco rationum dubitandi adducta sunt, quoniam onus collectarum, quod venditor reticuit, in se manifestum et indubitatum, et hinc emptor non cogitur expectare, donec collectae fuerint petitae. Ubi enim in limine contractus mox imminet periculum evictionis, emptor, si satis ei non offeratur, ad residui pretii solutionem non compellitur. *l. si post perfectam.* 24. *c. de evict.* Hinc si tali casu, ubi onus reticuit venditor, emptor ad pretium solvendum coa veniatur, justam exceptionem habebit. *l. in venditionem* 41. *ff. de act. empti.* Secunda dubitandi ratio cessat, quoties per expressum pactum emptor sibi consuluit: quod adeo verum est, ut etiamsi res aliena emptori scienti vendita, nihilominus emptor pretii possit petere restitutionem, si per pactum is sibi prospexerit. per *l. si fundum* 27. *ff. de evict.* Quod autem de facto principis adductum, ad casum praesentem plane non potest referri; quoniam hic nullum adest extraordinarium factum, neque haec petitio collectarum pro novo principis facto haberi poterit, cum ea fiat ex causa venditionem praecedente, dum praedio quaestionis diu antea hoc onus in conventu provinciali impositum, neque postea praedium dicto onere rursus liberatum, sed tantum exactio pro statu praesenti dilata; ubi vero causa evictionis venditionem praecedit, hoc casui fortuito non accensendum, nec ab ejus praestatione liberandus est debitor. *arg. l.* 33. *ff. locat. l.* 1. *c. de peric. et com. rei vend.* Et ex hactenus dictis sua sponte corruit dubitandi ratio quarta, pro novo enim onere haberi non potest, quod a multis jam annis praestandum fuit. Cumque adsit illud, quamquam non in praejudicium fisci, tamen inter contrahentes sine dubio valebit. Brunnemann. *ad l.* 2. *n.* 3. *c. sine cens. vel reliqu.* Tandem onus quaestionis non potest non pro mere reali onere haberi, quoniam a possessoribus praedium illud sine ullo respectu ad personas praestandum, sed et pactum contrahentium omnino generale erat, quod omnia onera sint ab emptionis pretio detrahenda, simulque harum collectarum, *der Steuer Schocke*, speciatim mentio facta.

Ex quibus omnibus constat, Javolenum venditorem ob celata onera collectarum emptoribus debitam securitatem praestare debere, in casum si istae amplius exigantur. Atque emptorem, antequam hoc factum, ad solvendum residuum pretii minime teneri.

CASUS VI.

De nullitate emptionis, in qua venditor onera rei inhaerentia non indicavit.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seq.*
Decisio. n. 8.

De contracta, de quo in proxime praecedenti casu actum fuit, illud quoque dubitabatur: An iste nullitatis vitio laborare dicendus sit?

Certum quidem est, emptorem Bernhardum, si onus tam grave rescivisset inhaerere praedio tam exiguo, neutiquam illud emptorum fuisse. Ideoque memoratum contractum tamquam nullum impugnari, ac venditoris haeredes ad restituendum venditionis pretium, et sumptus meliorationis adigi posse, censebat. Quandoquidem dolo ad hunc contractum ineundum se inductum fuisse praetendebat, quo casu nota sunt jura, quod dolus contractui b. fidei dans causam, eum faciat ipso jure nullum. *l. et eleganter.* 7. *pr. ff. de dolo malo.*

Verum enim vero, quia ex relatione non apparebat, emptorem praecise per hoc ad emendum praedium inductum fuisse, quod solum 50. sexagenae tributariae ex eo solvendae sint, sed dubio procul, antequam de oneribus praedii informaretur, jam illud emere constituerat. Et sic dolus hic non causam dans contractui, sed tantum incidens adest, qui contractum non reddit nullum, sed actione ex contractu purgari potest. *l.* 7. §. 3. *ff. de dolo. l.* 13. §. 4. *et* 5. *ff. de act. empti.* Celsus Bargal. *de dolo. divis.* 5. *cap. de dolo incid. n.* 2. 2. *seqq.*

Hinc apparet, quod hic contractus pro nullo haberi non possit, sed emptor actione empti vel quanti minoris experiri debeat, ad consequendum id, quod sua interest.

CASUS VII.

De foemina super delata haereditate transigente, et ex capite laesionis querelam movente.

SUMMARIA

Casus. n. 1. 2.
Quaestio. n. 3.
Rationes dubitandi. n. 4. *seqq.*

Rationes decidendi. n. 9. seqq.
Decisio. n. 26.

1 Cunigunda, tamquam unica haeres fratris defuncti Martini, qui Megapoli mortuus erat, petiit a bonorum detentoribus haereditaria bona; sed his vel cunctantibus vel recusantibus bona restituere, Cunigunda litem futuram transactione sustulit, contenta solutione certae argenti summae. Non multo post autem certiorata, quod amplissimam frater reliquerit haereditatem, ob enormissimam laesionem agebat ad transactionis
3 rescissionem. Quae res dubitationi huic occasionem praebuit: an haec transactio Cunigundae de jure subsistat, aut annon illa ob gravissimam laesionem rescindi possit?

4 Equidem actricem potuisse fratris haereditatem sibi ab intestato delatam repudiare, indubium est, cum unicuique permissum sit, delatam haereditatem verbis vel factis repudiare. *l. repudiari. 95. ff. de acq. vel. amitt. haered.* Insuper Cunigunda transactionem enixe desideravit; unde dolosa inductio ad transigendum ab ipsa allegari nequit, cum volenti non fiat injuria. *l. nemo. 187. ff. de reg jur. cap. scienti 27. de r. i. in 6.*
5 Imo ipsa transactionem perfecit cum mariti tamquam curatoris consensu, indeque sexus fragilitatem allegare
6 nequit. Quibus accedit transactionis favor, habet enim illa rei judicatae auctoritatem. *l. non minorem. 20. c. de trans.* ejusque proprium est, ut poenitentiam
7 repnat, nec lis contra eam restaurari possit. *l. quam-*
8 *vis. 39. c. d. t. cap. 1. x. eod.* Quare non pauci dd. nequidem ex capite laesionis enormissimae transactionis rescissionem non admittunt. *arg. l. 78. §. fin. ff. ad sct. trebell.* Mev. *p. 2. dec. 245. n. 9.* Gail. *lib. 2. obs. 70. n. 11.* Ideoque contractus hic de jure validus, nullique rescissioni obnoxius esse videtur.

9 Verum enim vero hic deficit requisitum transactionis principalissimum, ut scil. res, de qua transactum, fuerit dubia et incerta. *l. 1. ff. de trans.* Mev. *p. 4.*
10 *decis. 30. n. 7.* Nam hic certissimum fuit, haereditatem fratris defuncti competere sorori superstiti ab
11 intestato, *per nov. 118. c. 3.* Deinde Cunigunda non ex libera voluntate, sed necessitate cogente transegit, cum opus haberet pecunia, nec detentores bonorum ad restitutionem parati erant: in necessitate vero nemo praesumitur esse liberalis, vel suum jactare velle. *l.*
12 *18. ff. de adim. et transf. leg.* dn. Brunnem. *ad l. 2. cod. de rescind. vend.* Et quae ob necessitatem fiunt,
13 in argumentum trahi non oportet. *l. 162. ff. de r. j.* Ut taceam, quod foeminae, quae in simplicitate sua jus suum ignorat, et hinc circa jus, vel substantiam suam damnum patitur, sit succurrendum *per l. ult. c.*
14 *de jur. et fact. ign.* cum nemini sua simplicitas debeat esse damnosa, sed potius simplicitati parcendum sit,
15 *cap. ad audiendum 24. x. de appell.* Nec simplices sunt decipiendi. *clem. abusionibus 2. §. ad haec. de*
16 *poenit. et remiss.* Sed pariter simplicitati succurrendum est, quam imperitiae. Gloss. *in cap. super literis 20. vers. simplicitati x. de rescript.* Deerat enim Cunigundae curator, ipsaque expers consilii fuit, quo casu fragilitas sexus foeminini in perniciem substantiae facile convertitur, quod tamen jura nostra non permittunt. *l. 4. in fin. c. de sponsal. et*
17 *l. 2. §. verba ff. ad sc. vellej.* Unde ubique fere locorum necessarius est ad contractum mulieris curatoris consensus. Carpz. *p. 2. c. 15. d. 1.* Quod idem jure quoque lubecensi obtinet. Mev. *ad jus lubec. p. 1. tit. 10. art. 1.* Utut vero consenserit maritus in sub- 18
scriptionem, tamen hic aeque simplex non potuit uxori simplici consilium praebere. Immo si voluisset curator mulieris esse, consulere eum oportuisset peritiores, et rem ante mulieris contractum perpendere: quod factum non est. Praecedere quoque debet deliberatio 19
curatoris cum speciali approbatione negotii gesti, *per trad.* Mev. *ad jus lub. d. t. 10. art. 1. n. 26. seqq.* Hic autem transactio sine mariti approbatione inita, 20
et tantum eo consentiente subscripta fuit. Neque praetereundus est dolus, qui hic quidem non est ad transigendum inductivus, sed tamen incidens et concurrens: dolosum enim cujusque animum praesumptiones ac circumstantiae facti declarant. Carpz. *p. 4. c. 42. d. 9. n. 3.* Immo dolum expressum committere, et locupletari cum alieno damno, paria sunt. *l. 1. §. 15. ff. de-* 21
pos. Carpz. *l. 5. respons. 49. n. 9.* Zanger. *de except. p. 3. c. 18. n. 59.* Ubi vero dolo et per calumniam 22
quis in transactione decipitur, ibi transactio invalida. *l. in summa 65. §. 1. ff. de cond. ind.* Et hinc, si 23
Cunigunda adhuc peteret haereditatem, adversarius vero de facta renunciatione et transactione excipieret, illa de dolo replicare posset. *l. sub praetextu 19. c. de trans-*
act. juncta. l. 23. §. 3. ff. de dol. mal. Imo concur- 24
rente laesione enormissima et simplicitate summa tum actricis, cum curatoris, dubium non est, huic succurrendum esse. Accedit, quod ob certitudinem juris, cui renunciatum, et inde emergentem manifestissimam laesionem rescindi possit damnosa ejusmodi transactio. *arg. l. 2. c. de rescr. vend.* Carpz. *p. 2. c. 24. def. 1.* Köppen *decis. 58.* Klock. *vol. 2. consil. 57. n. 16.* Et in tali casu etiam consentit Mev. *p. 4. dec. 30. n.*
8. *et 9. add.* Menoch. *consil. 412. n. 37.* Cui non 25
obstat, quod pecuniam renuncians acceperit; eadem enim simplicitate, qua transegit, etiam accepit pecuniam. Insuper competit remedium rescissionis ob laesionem enormissimam, etiamsi utrinque, quod promissum est, praestitum sit, cum hoc modo laesio non tollatur vel emendetur. *arg. d. l. 2. ibi: pretium te restituente.*

Hinc existimamus, Cunigundam non prohiberi, trans- 26
actionem querela laesionis enormissimae rescindere.

CASUS VIII.

De agnato jus protimiseos praetendente, et defectum consensus domini reique litigiosae allegante.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. seqq.
Rationes decidendi. n. 7. seqq.
Decisio. n. 31.

Cracovius praedium nobile Polcinense, quod hacte- 1
nus Manutii fuit, et in quod jam immissionem impetraverat, venditionis jure ab ipso accepit, hac lege, ut loco pretii credita huic feudo inhaerentia solveret, qui contractus Manutii proximo successori feudali Gerhardo non tantum innotuit, sed eidem etiam reservatum fuit, an oblato eodem pretio, vel sub iisdem conditionibus in locum extranei emptoris transire vellet; cum vero hic

moras necteret, et praedium illud nec emere nec in emptorem consentire vellet, res in judicium deducta, ubi per sententiam de anno 1677. agnato huic injunctum, ut intra sex menses declararet animum, an in alienationem consentire, an ipse emere vellet, contra quam sententiam tertio demum anno restitutionem in integrum petiit, et hinc quaesitum fuit:

2 An gravamina ejus tanti momenti essent, ut ad retrahendas res alienatas ipse contra sententiam praeclusivam restituendus esset?

3 Fundatam vero credidit Gerhardus suam intentionem, quia alienatio haec contrariabatur privilegiis Pomeraniae *de anno* 1556. *d.* 9. *febr.* ubi hic casus contigit, quae requirunt, ut alienationem praecedat domini feudi et agnatorum consensus: itemque ut trina vice citentur agnati, antequam in eorum praejudicium aliquid fiat: quod hic observatum minime fuit. Deinceps vi transactionis cujusdam *de anno* 1628. *d.* 25. *junii.* ipsa arx Polzin isto contractu vendita, pertinebat ad reum, super qua etiam lis mota jam fuerat, quo ipso res litigiosa facta, quae per alienationem transferri non potuit *l. t. ff. et cod. de litigios.* Porro etiam in dicta transactione expressum pactum de non alienando cum clausula commissoria adjectum, concessa potestate contra tertium possessorem agendi: cujus pacti tanta vis est, ut valida contra tertium possessorem actio detur. Carpz. *p.* 2. *c.* 1. *def.* 17. Tandem in pretio emptionis contra l. anastasianam peccatum, quando debita ab emptore solvenda per pactum ita imminuta, ut exigua tantum summa pro eis numeranda esset, quae ne dimidium quidem verae aestimationis rei venditae continebat. Haec igitur gravamina satis relevantia Gerhardo videbantur pro impetranda restitutione.

Ex diverso autem non potuit primum gravamen ei prodesse, quia exceptio deficientis consensus domini feudi de jure tertii est, et hinc ad opponendum inhabilis *l. loci corpus* 4. §. *competit.* 7. *ff. si serv. vind.* Pruckman. *vol.* 2. *cons.* 7. *n.* 183. Et quamquam de jure tertii tunc valeat exceptio, quoties jus tertii est exclusivum illius juris, quod praetendit adversarius. Sichard. *ad l.* 6. *c.* 6. *de serv. fugit.* Hilliger *in Donellum l.* 20. *c.* 7. *lit. d.* quemadmodum inpraesentiarum id contingit, siquidem non adhibito consensu domini totum negotium nullum est. Attamen hoc tantum est intelligendum de casu, ubi tertius declaravit, se velle alterum jure suo excludere. Barthol. *ad l.* 2. *ff. de except. rei judic.* Pacian. *de probat. lib.* 1. *c.* 7. *n.* 58. *seqq.* Et hinc tertius praeter dominum frustra excipit, recognitionem feudi non esse factam Pruckman. *d. cons.* 7. *n.* 181. cum nunquam vassallus ob neglectum consensum domini privetur feudo, nisi dominus se id velle dixerit. Pruckmann. *vol.* 1. *cons.* 28. *n.* 67. Unde liberum est domino feudi, culpam admissam vassallo invitis et repugnantibus agnatis, remittere. Schrader *de feud. p.* 2. *c.* 9. *princip. sect.* 14. *n.* 34. *et* 38. Rosenthal. *de feud. cap.* 10. *concl.* 39. *n.* 2. Istaque remissio etiam tacite fieri potest. Besold. *cons.* 269. *n.* 41. Neque illud secundum propositas circumstantias quicquam operari potest, quod Gerhardus non fuerit juxta privilegia Pomeraniae citatus; quia venditor primum res alienandas ei tamquam successori feudali obtulit, nullam tamen declarationem ab eo obtinere potuit; per quam oblationem jus protimiseos alias competens tollitur, si denunciatus emptionem abnuerit. Carpzov. *p.* 2. *c.* 32. *def.* 1. *n.* 8.

Deinde etiam judicialiter contractum est, et quidem 14
cum expressa reservatione juris agnato competentis, et relicta facultate locum emptoris occupandi. Porro ad petitionem emptoris Gerhardo per mandatum judicis injunctum est, ut intra certum tempus se declararet, vellet ne contractui huic intercedere, quae facultas declarandi non minus in ultima sententia ipsi reservata. Ut adeo nihil in hac re inscio agnato susceptum, 15
multo minus jus suum eidem ademptum, sed potius reservatum fuerit, unde se gravatum dicere juris auctoritate nequit. Quod ad secundum gravamen, scil. arcem fuisse rem litigiosam, notandum, quod ex actis non fuerit liquidum, speciatim de arce Polzin litem fuisse motam, antequam contractus quaestionis celebraretur; et posito quoque, rem ita se habuisse, tamen eo facultas contractui intercedendi, tam in ipsa conventione, quam in publicatione sententiae reservata fuit: indeque per hanc alienationem causa actoris non facta difficilior. Quoties vero cessat ratio, qua impeditur alienatio rei litigiosae, toties ipsa quoque prohibitio cessat. Jacob Menoch. *lib.* 2. *praesumpt. ult. n.* 53. Sicuti nec arx haec principaliter venit in contractum, 17
sed tamquam cohaerens bonorum reliquorum. Quoties vero translatio facta cum rerum universitate, tunc res, etiamsi litigiosa sit, transferri simul potest. Menoch. *de praesumpt. ult. n.* 40. Taceo quod haec alienatio 18
ob gravissimum aes alienum facta; quo casu pariter cessat praesumptio vexandi adversarium. *arg. l. f. c. de litigios.* Tertiae objectioni, qua pactum de non alie- 19
nando urgebatur, ex jam dictis responderi poterit, fuit enim haec alienatio non voluntaria, sed necessaria propter urgens aes alienum suscepta. Pactum autem a debitore cum tertio initum non potest creditoribus praejudicare. *l.* 3. *ff. fam. herciscc.* Et nemo sua conven- 20
tione id efficere potest, ut nulla debita solvantur ex bonis suis, cum bona nequidem intelligantur, aere alieno non deducto. *l.* 39. §. 1. *ff. de r. j.* Praeterea 21
hoc pactum, sicut et alia quaecumque, necessariam illam patitur limitationem: rebus in eodem statu manentibus. *arg. l. quaero* 54. §. 1. *ff. locat. l.* 38. *pr. ff. solut.* Mutato enim rerum statu, mutatur etiam observantia pactorum. Bartol. *in l. quoties* §. *si duo ff. de haer. inst.* Menoch. *consil.* 23. *n.* 47. Qua de causa 22
etiam feuda Pomeraniae, alias ipso jure vel legis prohibitione inalienabilia, nihilominus ob grave aes alienum possunt creditoribus in solutum dari, per praxin notoriam. Pariter utut a testatore alienatio extra 23
familiam in totum prohibita, cujus prohibitionis aequalis est auctoritas, ac si lege facta esset, adeo ut dominii translationem impediat. *l. cum pater* 77. §. *libertus* 27. *ff. de leg.* 2. *l. ex his praediis* 5. *c. de evict.* hoc tamen non obstante, ob aes alienum debi- 24
toris alienatio admittitur, si aliud non adsit, unde debitum exsolvi possit. *l. pater.* 38. *pr. vers. idem quaesiit ff. de legat.* 3. Joh. a Sande *de prohib. rer. alien. p.* 3. *c.* 8. *n.* 8. *seqq.* Unde testatoris prohibitio, ne 25
res alienetur, non potest creditoribus praejudicare. *l. filius familias.* 114. §. *Divi* 14. *ff. de legat.* 1. Nec 26
debitoris pactum de non alienando eum habebit effectum, ut contractus hic impugnetur. Denique lex anastasiana emptori Manutio non obstat. Hic enim non proprie de actionum cessione, sed de debiti alieni receptione per contractum empti venditi agitur, quo casu

legi anastasianae locus non est. Carpz. *p.* 1. *decis.* 97.
27 *n.* 6. Ubi enim in consequentiam tantum fit cessio, et non principaliter, ibi dicta lex non obstat. Lentz.
28 *de cess. act. cap.* 82. *m.* 3. *n.* 12. Et pone cessionem adesse, tamen venditor, utpote contra quem creditores Manutio jura sua cesserunt, expresse consensit, ut quoquo modo creditoribus satisfieret, quo casu ipsi
29 volenti non fit injuria. Praeterea emptor jam jure crediti et immissionis nactus possessionem bonorum quaestionis; licebit vero alienarum rerum possessori ad tuendam suam possessionem pro minimo etiam pretio nomina redimere. *l. per diversas* 22. *ibi, vel is qui res alienas possidet c. mandati.* Joh. a Sande. *de cess. act. cap.* 11. *n.* 21. Lenz. *de cess. act. cap.* 25. *n.*
30 369. Christin. *v.* 3. *decis.* 49. *n.* 13. Tandem debita, quae Manutius loco pretii emptionis in se transtulit, omnia certa fuerunt et indubitata, in quibus venditor nihil desiderare potuit, nec ulla ipsi adversus haec patebat exceptio; ad certas vero et indubitatas actiones lex anastasiana non pertinet. Sande *d. cap.* 11. *n.* 25. Molinaeus *de usur. qu.* 62. *n.* 413. Lenz. *d. c.* 25. *n.* 4. ut taceam varia onera et incommoda, quae emptor cum feudis quaestionis in se suscipere tenebatur.
31 Inde restitutionem quaesitam locum non invenire, sed sententiae publicatae standum esse, censemus.

CASUS IX.

Domus ab uno sociorum ex re communi comparata haeredibus alterius socii communicanda.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 7. *seqq.*
Decisio. n. 15.

1 Ferdinandus, qui cum Antonio vixit in societate bonorum, domum ex pecunia communi emerat, eamque tamquam communem cum eodem possederat, donec ambobus mortuis, Ferdinandi haeredes illam ad se pertinere adserebant, oblata Antonii successoribus pretii dimidia parte. Qua cum hi contenti esse nol-
2 lent, dubium inde natum est: annon haeredes unius ex sociis in aedibus communibus ab altero sociorum comparatis pro parte dimidia jus reale habeant: immo etiam, si alterius socii haeredes suam partem vendere velint, an illi extraneo emptori praeferendi sint?

3 Quamvis autem alias, quod socius emit, ipsius fiat, non autem commune sit, nisi fuerit societatis judi-
4 cio communicatum *l.* 74. *ff. pro soc.* et hactenus nullum societatis judicium ad communicationem aedium quaestionis inter Ferdinandum et Antonium institutum; hinc haeredes Ferdinandi in universum jus defuncti succedentes, *l.* 24. *ff. de v. s.* sunt aedium do-
5 mini, qui rem suam nec pro parte dimidia vendere coguntur. *l. invitum* 11. *c. de contrah. empt. l. nec.*
6 *emere* 19. *c. de j. delib.* Adeoque praestatione personali ejus, quod socio ejusque haeredibus obest, et in emptionem domus impensum, liberari posse videntur.

7 At vero, quia Ferdinandus domum emptam non ut suam retinuit, sed commodum et incommodum in causam societatis communem redegit, adeo ut nullo societatis judicio opus fuerit, quia voluntarie haec domus societati communicata, et ita utrique communis facta; quod ex factis subsequentibus, quae animum 8
aedes communiter habendi satis arguunt, manifestum est. Nam sicuti tacite etiam contrahitur societas ab 9
initio *arg. l.* 58. §. *fin. ff. pro soc.* Franzk. *comment. ff. d. tit. n.* 29. ita multo magis contracta jam societate, tacita fit rerum ex societate comparatarum collatio. Accedit, quod sicut per *cit. l.* 74. Antonius 10
potuisset Ferdinandum ejusque haeredes ad communicandas aedes cogere; ita et Antonii haeredes, quippe qui in idem jus successerunt, id poterunt, *per d. l.* 24. Nec ad rem pertinet, quod haeredes non tenean- 11
tur manere in communione *l.* 25. *ff. pro socio.* adeoque multo minus rem nondum communem communicare; cum non exigatur communicatio rei pro indi 12
viso, sed pro diviso, quod haeres petere potest; quia id, quod ex re communi quaesitum, etiam post mortem socii haeredi praestandum est *l.* 75, §. 8. *ff. pro socio.* Non enim obstat, quod dominus rem suam 13
vendere non cogatur; quia haec regula multas patitur limitationes, inprimis eam, nisi pacto quis se ad hoc adstrinxerit, *per l. si quis* 29. *c. de pact.* Etenim per 14
ipsum societatis contractum a defuncto initum simul tacite pro parte dimidia promissa est cessio rerum, quas ille acquisiverit; et hoc factum defuncti haeres praestare cogitur. *l. si ab eo* 7. *c. de neg. gest.*

Ex quo sequitur, Ferdinandi haeredes non posse 15
sibi solis domum vindicare, sed si illi hanc neque dividere, neque pro indiviso communicare velint, tunc ex haeredibus utriusque socii plus offerenti eam vendendam esse. Neque vero Ferdinandi haeredes pro 16
suo lubitu possunt extraneae personae vendere partem suam, sed si quidem illam vendere cupiant, jure communionis Antonii haeredibus protimiseos jus competit. *dd. in l.* 3. *c. commun. divid.* Molina *de just. et jur. tract.* 2. *disp.* 321. Sutor. *de retract. c.* 7. *th.* 124.

CASUS X.

De transactione paterna liberis non praejudicante.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 4.
Decisio. n. 17.

Titius liberis suis varia credita reliquerat, quae fi- 1
liorum unus, Henricus, suis sumptibus persequenda suscipiebat, et hic portionem sororis suae, Antoniae, accedente mariti ejus, Statilii, consensu, emebat 990. thal. pro qua summa Henricus debitor annuatim usuras dare promisit, id quod etiam praestitit usque ad mortem Antoniae; at vero tunc Statilius transibat ad secunda vota, ac paciscebatur cum Henrico, ut hic loco 990. daret 600. thal. et ita remittebat ei 390. thal. Sed quia Statilius contractis secundis nuptiis de bonis liberorum prioris matrimonii minus provide disposuerat, et plura ex his consumpserat, ut hinc liberi cogerentur repudiare haereditatem paternam, et

petere dotem matris et illata. Ubi quaestio nascebatur, an ipsos transactio paterna obliget, quo minus residuos 390. thal. quos pater remiserat, cum usuris exigere queant? 2

Quamquam autem jura non permittant, ut filius contra factum patris restitutionem petat, cum reverentia parentibus debita omnem excludat restitutionem. *L. ult. c. qui et adversus quos in integ. rest.* Liberi etiam jam majorennes suo facto videantur approbasse parentis transactionem, dum instrumentum transactionis in judicio contra novercam produxerunt, nam producens instrumentum in judicio pro se videtur omnia ejus contenta approbare. Molina. *ad consuet. paris. p.* 1. §. 5. *n.* 36. Carpz. *p.* 1. *const.* 17. *def.* 7. *n.* 1. 3 4

Quando vero actus in minorennitate gestus in majorennitate approbatur, cessat restitutio. *t. t. c. si maj. fact. rat. hab.* Imo et tempus in integrum restitutionis, scil. quadriennium continuum ab adepta majorennitate computandum, *l. fin. c. de temp. rest.* jam praeterlapsum; ex quo tacitam ratihabitionem jura praesumunt. Taceo, quod parens justam transigendi causam habuerit, nam credita, quae Henricus susceperat, pleraque minus idonea facta, atque metuendum fuit, aliquando eum acturum ex capite laesionis enormis ad emptionem nominum rescindendam, *arg. l.* 2. *c. de resc. vend.* ut sic firma videatur transactio. 5 6 7 8

Attamen quia liberi parentis haeredes facti non sunt, sed ab haereditate paterna semet abstinuerunt, hinc factum et transactio patris nullum eis praejudicium adferre potest. Eousque enim quis tantum tenetur ad approbandum defuncti factum, quousque haeres est. *arg. l. cum a matre* 14. *c. de rei vind.* Hartman. Pistor. *lib.* 2. *qu.* 9. *n.* 12. Carpzov. *p.* 1. *c.* 14. *d.* 18 *n.* 5. Nec ullam liberi restitutionem contra patrem in hac causa quaerunt, de quo casu *d. l. fin. c. qui et adv. quos.* loquitur; sed simpliciter restitutionem bonorum a matre illatorum desiderant, quod nullo jure eis denegari potest, cum juris sui persecutio non contineat injuriam. *l.* 13. §. *fin. ff. de injur.* Sicut et contra tertium, qui hoc loco Henricus est, jura petitionem restitutionis in integrum permittunt, etiamsi ille regressum habeat contra patrem. *arg. l.* 2. *c. si advers. donat.* Sfond. *Odd. de restit. qu.* 18. *artic.* 2. *n.* 2. Taceo, quod nulla in praesenti casu locum habuerit transactio, cum debitum 990. thal. nulla dubitatione laboraverit, quod tamen ad transactionem est necessarium. Brunnem. ad Wesemb. *tit. de trans. qu.* 18. Multo minus metuenda erat querela laesionis, quia remedium *l.* 2. *c. de resc. vend.* respicit tempus contractus, non autem, si postea damnum supervenit, indeque nomina inidonea facta hic non attendenda. *l.* 11. §. 4. *ff. de minor.* *et ibi dd.* Porro nec ratihabitio allegari potest, qui enim ex justa ignorantia, in qua hic liberi fuerunt, minus petit, is errore comperto majorem summam petere non prohibetur. §. *si minus* 34. *inst. de act.* Ignorans quippe non renunciat. *l. nec ignorans* 10. *c. de donat.* Menoch. *consil.* 120. *n.* 37. Nec aliter major gesta in minorennitate ratificare censetur, quam si constet, ipsum notitiam sufficientem habuisse illorum, quae in minori aetate gesta. Mascard. *de probat. vol.* 3. *concl.* 1262. *n.* 3. Cephal. *lib.* 3. *consil.* 452. *n.* 94. 9 10 11 12 13 14 15 16

Ideirco liberi, repudiata patris haereditate, transactione non teneri, sed bona sua materna a noverca, itemque ab avunculo Henrico petere posse existimamus. 17

CASUS XI.

De tacita recognitione contractus et quatenus rebus diversis venditis exceptio implementi non secuti obstet.

SUMMARIA

Casus. n. 1. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 5. *seqq.*
Decisio. n. 12.

Vendiderat aliquis nobilium alteri duo praedia confecto desuper venditionis instrumento. Cum vero pretium integrum solutum non esset, venditor experiebatur actione venditi ad solvendum pretium, ad quod etiam *anno* 1676. *die* 27. *novembr.* condemnatus erat. Hanc sententiam impugnabat reus eapropter, quod contractum in originali nunquam produxisset, nec ejus recognitionem petiisset, hinc quaerebatur, quid hoc casu juris esset? 1 2

Quamvis autem certi juris sit, copias instrumentorum fidem non facere. *l.* 7. *c. de edendo. auth. si quis in aliquo c. d. t.* Mevius *part.* 4. *dec.* 399. *n.* 1. et omnem vim probandi ex instrumentorum recognitione dependere, Martini *ad proc. saxon. tit.* 25. §. 2. *n.* 1. *et seqq.* Urgebat etiam, contractum ab actore nondum impletum esse, cum duo vendidisset praedia, alterum vero tantum tradidisset: exceptio autem implementi non secuti effectum actionis venditi suspendit, *l.* 13. §. *offerri* 8. §. *ff. de act. empt.* Zanger. *de except. p.* 3. *cap.* 22. Opponebat etiam exceptionem compensationis et desuper juramentum deferebat actori. 3 4

Verum haec gravamina minus relevantia credebantur, productum enim erat jam antea in judicio instrumentum contractus in originali, et copia ejus judicialiter collata apud acta remansit, facit vero etiam exemplum fidem, dummodo per actuarium judicii collatum fuerit. Bornit. *de instrum. p.* 1. *lib.* 3. *cap.* 3. *p.* 244. Insuper reus nunquam in judicio contractum negavit, et ob id recognitione alias necessaria *juxta* Mev. *p.* 4. *decis* 391. *n.* 4. opus non fuit, cum confessio partis sit certissima probatio, et omne dubium tollat. *l. generaliter.* 13. *c. de non numer. pecun. l.* 25. §. 2. *ff. ad l. aquil.* Et confessum a judice reputari potest illud, quod ab altera parte adductum, et ab altera non negatum. Mev. *p.* 4. *decis.* 64. Praeterea recognoscendi necessitas tunc praecise in Saxonia requiritur, si executive quis experiri velit. Carpzov. *in processu tit.* 14. 42. *n.* 12. sed in processu ordinario sufficit contractum allegatum non negari. Uti enim nemo superveneu probatione, ita nec inani recognitione graveri debet. Carpz. *part.* 1. *const.* 17. *de fin.* 25. Brunnem. *ad l.* 15. *n.* 14. *ff. de reb. auctor. judic. poss.* Nec potest hic exceptio non secuti implementi locum habere. Nam alterum ex praediis non fuit simpliciter venditum, sed sub conditione; alterum vero pure; ex quo, cum res sint distinctae, et distinctum quoque pretium, duplicem venditionem adesse constat. *arg.* §. *si quis.* 17. *inutil. stipul.* de- 5 6 7 8 9 10

hinc deficiens implementum unius actionem ratione alterius competentem non potest impedire, quia *lex. Julianus.* 13. §. *offerri.* 8. *ff. de act. empt.* de uno con-
11 tractu, unaque re vendita loquitur. Caeterum quod praetensam compensationem concernit atque desuper delatum juramentum, quia ipse actor hoc acceptavit, et decretum judicis confirmatorium secutum, et reo super opposita exceptione juramenti delatio omni jure permissa sit. Berlich. *part.* 1. *concl.* 29. *n.* 61 Coler. *part.* 1. *decis.* 122. *n.* 10. Carpz. *part.* 1. *const.* 12. *defin.* 32. *et seqq.* ita tamen, ut deferens semper prius juret de calumnia. *l.* 34. §. 4. *ff. de jurej.*

12 Hinc pronunciatum, non opus esse ulteriori recognitione, sed reum ad solvendum pretium unius praedii, quod tradiderat venditor, obligari, et conscientiam quoque suam super objecta exceptione exonerare debere.

CASUS XII.

De jure repraesentationis inter haeredes testamentarios.

SUMMARIA

Casus n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 5. *seqq.*
Decisio. n. 12.

1 Disposuerat in testamento Rosina, ut, mortuo marito suo, materteris suis, vel eorum haeredibus restituatur octava haereditatis pars. Post mortem Rosinae una ex materteris tantum aderat cum alterius ma-
2 terterae liberis, dubitabatur itaque: an matertera tamquam gradu proximior sororis liberos a portione testamentaria excludat?

3 Equidem juris alias notissimi est, materteram sororis suae liberos aut haeredes alios ab haereditate excludere, quia ultra defuncti fratrum et sororum liberos repraesentationis jus non extenditur. *nov.* 118. *c.* 3. *in fin.* Dn. Herold. *de jur. repraesen. c.* 9. §. 8.
4 Carpzov. *part.* 3. *c.* 8. *def.* 27. *n.* 7. praeterea defuncta non copulative, sed disjunctive materterarum liberos scripsit haeredes, per particulam *oder*, haec vero particula disjunctiva est, non tantum quoad verba, sed et quoad effectum, et sufficit alteram partem esse veram. Menoch. *de praesumpt. lib.* 4. *praes.* 83. *num.* 66.

5 Verumtamen, quoniam non hic occurrit quaestio de successione intestata, sed testata, ubi voluntas disponentis sine consideratione gradus attendenda; testatricis autem voluntas alia fuisse non potest, quam ut materterae liberi simul concurrant, quoniam altera
6 matertera jam desierat in vivis esse; hinc non potuit defuncta aliter quam sub conditione loqui: *oder*
7 *ihre Kinder.* Et solet alias particula disjunctiva *vel.* inter diversas personas posita, in copulativam resolvi. Menoch. *consil.* 187. *n:* 18. quod per plures textus et auctoritates probat Strauch. *in lex. part. jur. sub voce vel* §. 3.

8 Unde liberi una cum matertera adhuc vivente, non quidem in aequales partes, sed tamen in partem matri suae alias debitam, sunt admittendi ad successio-
9 nem: plures enim a testatore vocati nomine collectivo habentur pro una persona. *l. si pater.* 9. *ff. de vulg. et pup. substit. l.* 13. *p. ff. de hered. instit.* Finckelthus. *de jure patronat. c.* 6. *n.* 97.

CASUS XIII.

De annuis praestationibus ex reditibus subsequentium annorum suppletis.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 10. *seqq.*
Decisio. n. 21.

Severus, liber Baro, annuum uxori suae, Agneti, 1
constituit in testamento legatum 2000. flor. utique haec summa commode et sine mora solvi posset, creditum 119000. thal. quod testator habuit in aerario tributorum (quod vulgo *ein Steuer Capital* dicitur,) conservari voluit, quo ex hujus usuris deducerentur annua 2000. Solutum deinde fuit per aliquot annos dictum legatum; ingruente vero bello tricennali, solvi nihil potuerat per multos annos, adeo, ut mortua Agnete 18060. fl. restarent: bello finito, in diaeta provinciali omnes usurae, tempore belli non solutae, cessatae fuerunt: unde haeredes Agnetis dicti debiti nomine convenire tentaverant haeredes Severi. Sententia autem judicis pronunciabatur: quod haeredes Severi respondere actioni intentatae non teneantur. Quae sententia confirmabatur in leuterationis instantia, addita tamen hac declaratione; quod actoribus liberum sit, jus suum persequi adversus aerarium tributorum, idque reos impedire non posse. Vim rei judicatae postmodum obtinuit isthaec sententia, sed in controversiam vocabatur: an legatariae haeredes restantem summam de usuris futuris ab aerario petere; et hinc, si 2
forte Severi haeredes creditum exegerint, hi eb id conveniri valeant?

Equidem si ob publicam calamitatem privati com- 3
modum aliquod amittere coguntur, hoc ad casus fortuitos, qui averti nequeunt, referendum; casum autem fortuitum nemo praestat. *l.* 23. *de r. d.* nec a quo- 4
piam illius eventum sarciri aequum est. Klock. *tom.* 3. *consil.* 135. *n.* 22. Inprimis, quia ipsi haeredes 5
illius temporis usuras, quae majorem longe summam constituunt, quam quidem legatum, injuria belli amiserunt: ut adeo afflictis non sit addenda afflictio. *l.* 4. §. 2. *ff. ad l. rhod.* Imo onus a testatore hae- 6
redibus injunctum ipsi agnoverunt, et ejus voluntati satisfecerunt, non exigendo sortem illam ex aerario tributorum; ut vero ipsi haeredes praestarent legatum hoc non dispositum. Quapropter usurarum cursu per 7
bellum interceptio, non sunt haeredes ultra verba testatoris onerandi, propter *l. unum ex familia.* 67. §. *si rem.* 6. *ff. de leg.* 2. Idque ipsa sententia, quae vi- 8
res rei judicatae obtinuit, confirmavit, dum haeredes Severi ab actione instituta per eam absoluti. Atque 9
hinc contra intentionem legatariae respondendum videtur, quod legatum de usuris futuris aerarii tributorum suppleri non debeat.

Verum, quia ipsa verba testatoris manifeste satis 10
indicant, legatum hoc 2000. flor. viduae simpliciter solvendum esse, et ita non taxationis, sed demonstra-

tionis gratia creditum illud aerarii tributorum adjectum fuisse, ut eo commodius et certius annua praestatio solvi posset, quo casu periculum non est legatarii, sed defectus redditiuum per redditus subsequentium annorum est supplendus. *arg. l.* 8. §. 2. *ff. de legat.* 2. Rosenthal. *de feud. c.* 2. *concl.* 76. *n.* 5. Surdus *de aliment. tit.* 4. *quaest.* 26. Barry *de success. lib.* 11. *tit.* 11 15. *n.* 18. Immo etiamsi dubium esset, an assignatio illa taxationis, an demonstrationis gratia adjecta fuerit, tamen in dubio foret praesumendum pro acceptione demonstrativa. Joh. del Castillo *de conject.* 12 *ult. volunt. c.* 54. ut scil. voluntas ultima exitum habeat, quem alias ob casum improvisum habitura non fuisset; eo enim modo interpretanda ultima voluntas, ne intercidat. *per l. si miles qui* 3. *ff. de test. milit.* 13 quae ratio merito tollit dubitationem. *l.* 67. §. 6. *ff.* 14 *de leg.* 2. supra *n.* 7. a ductum. Neque ergo casus fortuiti praestatio, sed tantum ultimae voluntatis implementum ex usuris currentibus ab haeredibus Severi desideratur, quae eis pro lege est servanda. Barbos. *loc. commun. jurispr. lib.* 19. *cap.* 41. *ax.* 4. Un-15 de cum haeredes legatariae nil petant, nisi quod eis debetur, non poterit ad eos applicari id, quod de afflictis memoratum est *num.* 5. qui enim suo jure utitur, nemini facit injuriam. *l.* 13. §. 1. *ff. de injur.* 16 Sententiae quoque in leuerationis instantia subjecta clausula non obscure innuit, ab aerario *de usuris futuris* petendam esse summam residuam legati annui. 17 Nam alias clausula frustra adjecta fuisset, quoniam usurae praeteritae propter recess. provincialem in fa-18 cti specie memoratum peti non possunt. Jam vero interpretatio ita facienda, ne dispositio vel sententia reddatur elusoria. Mantica *de tacit. et ambig. convent.* 19 *lib.* 2. *tit.* 12. *n.* 30. Quippe verba debent aliquid operari, et non esse superflua. Tusch. *pract conclus.* 20 *lit. i. concl.* 330. *n.* 22. Pariter et sententia judicis secundum dispositionem juris concepta intelligitur: ut vel ideo praesumendum, quod ea permittat haeredibus legatariae detractionem restantis pecuniae de usuris futuris, quia hoc juri consentaneum esse supra ostensum.

21 Hinc quoque decisum fuit, haeredibus legatariae licere residuum legati annui ab aerario de usuris futuri temporis petere, aut si Severi haeredes illas jam exegerint, contra hos ad restitutionem agere posse.

CASUS XIV.

De feudi uxoris pecunia comparati a marito facta alienatione.

SUMMARIA

Casus. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 5.
Rationes dubitandi. n. 6. *seqq.*
Rationes decidendi, n. 11. *seqq.*
Decisio. n. 24.

1 Matrimonium contracturus Rhodinus dotalia pacta iniverat cum Pompilio parente sponsae, quam appellabimus Sylviam. Promiserat parens dotem 10000. thal. eamque summam solvere non valens, oppignoraverat hujus debiti nomine genero suum fundum cum consen-2 su domini et agnatorum. Decedente deinceps Pompilio sine mascula prole, agnati jam memorati petierunt quidem in feudo oppignorato successionem, sed praeter Sylvia praetensionem, multo aere alieno gravatum sentiebant, hinc e re sua esse judicabant, si Rhodino plane venderent illud, ac pro dote darent in solutum, receptis adhuc 15000. thal. ab emptore. Haec quin- 3 decim millia agnatis soluta, Rhodinus et Sylvia mutuo sumpserunt a Trebatio, cui agnati jura sua cesserunt. Postea cum non modo creditores paterni, sed 4 etiam cessionarius agnatorum Trebatius adversus Sylviam agerent, quae unica haeres fuerat parentis sui Pompilii; coepit Rhodinus in praejudicium et incommodum uxoris varia debita contrahere: vendidit item, inscia et invita Sylvia, praefatum feudum, et per mandatarium traditionem fieri curavit. Contra hanc venditionem Sylvia protestata, compossessionem obtinuit cum emptore. Deinde fuit agitata quaestio: an possit 5 venditio haec, inscia et invita Sylvia facta, de jure Saxonico valere?

Non erant levis momenti dubia, quae Sylviae obsta- 6 bant. Scilicet agnati vendiderant feudum Rhodino, perque hunc contractum secuta traditione emptor nemine dubitante de jure notissimo dominus efficiebatur. §. *venditae inst. de rer. divis.* Neque repugnat, quod ex 7 rebus et juribus Sylviae maximam partem feudum comparatum fuerit; quia in translatione dominii non attenditur, unde pecunia pervenerit, sed tantum quis emerit, vel contraxerit. *l. non unde* 7. *c. si cert. pet.* Si- 8 cut et ipsa Sylviae dos, aliaeque ejusdem praetensiones in certa tantum quantitate et aestimatione constiterant, cujus dominium ad maritum transierat, ita, ut libere de illis disponere potuerit. *l. quoties* 5. *c. de jure dot. l.* 10. *c. eod. l. res in dotem.* 42. *ff. d. t.* Unde licet Sylvia in feudo quaestionis dominium haereditario jure fuisset adepta, tamen propter aestimationem factam illud in maritum devolutum esset, cum etiam res immobilis in dotem data, si aestimatio adjecta, pleno jure et cum potestate alienandi in maritum transeat. Carpz. *p.* 2. *const.* 42. *def.* 21. Ut taceam 10 Sylviae incapacitatem ad possidenda feuda, quae facit, ut nequidem potuerit ipsa unquam dominium in feudo quaestionis praetendere. Cum ergo omne dominium penes maritum fuerit, potestas quoque alienandi tamquam dominii consequens, ipsi non deneganda, et proinde alienatio haec jure facta et firma videtur.

Verum enim vero, Rhodinus per se nullum plane 11 jus, nullamque praetensionem in feudo saepius dicto habuit, sed tantum conjux ipsius, Sylvia, et ad hujus praetensiones salvandas emptionis contractum cum agnatis iniit maritus, ut hinc in rei veritate Sylvia emptrix 12 fuerit, sed propter qualitatem rei feudalem Rhodinus nomen suum tantum commodavit uxori ad perficiendam emptionem rei, quam ipsa jure dominii secundum naturam feudorum tenere non potuit, ut ita hic applicanda veniat regula: *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur; de qua integer tit. cod. plus valere.* Quibus accedit, quod Rhodinus ne tantillum qui- 13 dem de propriis in hujus feudi emptionem impenderit, sed omnia ex Sylviae illatis fuerint soluta: manifeste autem in jure dispositum, quod res ex pecunia dotali comparata, fiat dotalis. *l. res quae.* 54. *ff. de jur. dot.* praesertim si hoc uxori sit utile, et uxor consentiat. *l. ita constante* 26. *et l.* 27. *ff. eod.* Quod 14 privilegium in dote singulare est, ut res succedat loco pretii. Campegius *de dot. p.* 4. *qu.* 8. *n.* 1. Tira-

quell. *de retract. consang.* §. 32. *n.* 16. Mev. *p.* 4. *dec.* 215. *n.* 1. Unde necessario sequitur, quod si res immobilis pecunia uxoris comparata, dotalis fit, non potuerit eadem a marito alienari. *l.* 4. *ff. de fund. dotal.* Nec obest, quod tanta non fuerint illata, ut exinde potuerit totum pretium pro feudo capi; nihil enim interest, an totum praedium fuerit dotale, an pars ejus. *l. dotale.* 13. §. 1. *ff. de fund. dot.* Et omnino hic probe attendendum, quod Sylvia pro reliquis 15000. thal. se obligaverit, et instrumentum subscripserit: adeo ut in diversis instantiis jam ei solutio fuerit injuncta. Ex quibus jam iniquitas luce meridiana clarior resultaret, si Rhodinus de feudo pecunia Sylviae comparato disponere; et aes alienum, quod feudo inhaerebat, et ob feudi emptionem contractum est, uxori solvendum relinquere posset, cum tamen maritus suo facto dotis conditionem deteriorem reddere nequeat. *arg. l.* 14. *ff. de pact. dotal.* Cessat ergo, quod supra *n.* 6. *et* 7. dictum, in hoc casu, quia regula ad nes pecunia dotali comparatas non pertinet, nam in his uxor naturale dominium consequitur. *l.* 3. §. 5. *ff. de minor.* Cessat etiam, quod de aestimatione addictum. *n.* 8. *et* 9. quia hic versamur in casu, quo uxori ex bonis mariti, aeri alieno obnoxius, satisfieri non potest. Tali enim casu, sive res aestimata, sive inaestimata in dotem data fuerit, mulier vindicandi licentiam habet, nec, quod legum subtilitate transierit in patrimonium mariti, espropter rei veritas, seu, quod res in naturali dominio uxoris manserit, mutatur. *l. in rebus dotal.* 30. *c. de jur. dot.* dn. Brunn. *in comment. ad l.* 30. *n.* 10. *et ab hoc citati.* Et tali casu etiam rerum mobilium alienatarum revocatio uxori competit. Barbos. *ad l.* 1. *part.* 3. *n.* 79. *ff. solut. matr.* Quamquam autem textus hi loquantur de revocatione post matrimonium dissolutum, tale vero Sylviae matrimonium non sit: tamen Rhodinus eam deseruit: et alias in rebus Sylviae ita versatus est, ut se suosque in ruinam praecipitaverit. Jam marito ad inopiam vergente, vel bona dissipante, jus uxoris in vindicanda dote pariter reviviscit ac matrimonium esset solutum. *l.* 29. *c. de jure dot.* Tandem Sylvia ob qualitatem feudalem non potest quidem jus dominii praetendere, bene tamen, tam ratione dotis, quam aliarum praetensionum, jus reale consensu domini et agnatorum munitum, quod maritus clandestina venditione eidem auferre non potuit. Unde, concurrentibus circumstantiis hisce, alienationem infirmam esse pronunciandum est.

CASUS XV.

De decreta immissione et declaratione possessoris, se illam pro facta habere velle.

SUMMARIA.

Casus n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 11.

1 Adrianus in bonis Hercinii affinis sui, qui ad dotem praestandam obligatus erat, petiit immissionem. Qua impetrata, executor veniens ad Hercinium produxit originale mandati immissorialis, et indicavit, se ad exequendam immissionem accessisse. Sed Hercinius statim se declaravit, quod immissionem pro facta habere velit, idque acceptavit executor, praesente mandatario Adriani. Hoc autem mortuo, morebatur nihilominus quaestio: an immissio corporalis pro facta sit habenda? 2

Licet autem possessio facti sit, et sic verbis nudis transferri nequeat. *l. denique.* 19. *ff. ex quib. caus. major. l.* 8. *ff. de acquir. poss.* dn. Praeses *tract. de jur. sens. disp.* 10. *n.* 44. sed actum corporalem requirat, atque hinc alias in signum corporalis immissionis resecari soleat frustulum ligni, *die Aushauung des Spahns aus der Thür.* Richter. *p.* 2. 65. *n.* 7. *cons. seqq.* Quam resectionem ligni e janua hodie indicium esse immissionis realiter factae, testatur Carpzov. *p.* 1. *const.* 28. *def.* 139. *n.* 4. Add. Hillig. *in don. l.* 5. *c.* 9. *lit. d.* dn. Praeses *disp. de possess. instrumental. c.* 2. *n.* 10. *seqq.* Idcirco, illa solemnitate omissa, videri posset, possessionem non translatam, et corporalem immissionem non factam esse. 3 4 5

Verum enim vero, quia illa solemnitas tantum requiritur, ubi invito possessore immissio fieri debet, ad hoc, ut possessio de facto transferatur in alium; hic autem expressa declaratio possessoris adest, se illius nomine, cui decreta immissio, possidere velle, quale constitutum civilem et naturalem possessionem in ipsum constitutarium transfert *per tradita* Mevii *part.* 5. *decis.* 350. et dd. *in l.* 18. *ff. de acquir. poss.* Add. Tiraquell. *de constit. possess. pr. n.* 21. indeque unum idemque est, an per resectionem frustuli ligni realiter facta immissio, an vero debitor ipse cesserit possessionem, sicut hoc casu per constitutum possessorium factum est. Carpz. *proces. tit.* 25. *art.* 1. *n.* 13. *seq.* Coler. *de proc. execut. p.* 3. *c.* 12. adeo, ut violenta possessionis apprehensione opus non fuerit. Tandem et accessit possessio corporalis Adriani ejusve haeredum, patiente Hercinio, quae patientia animum transferendi possessionem satis indicat, cum et ex patientia mandatum praesumatur. *l. qui patitur.* 18. *ff. mand.* et alias in incorporalibus sit loco tituli. Carpzov. *lib.* 1. *resp.* 36. 6 7 8 9 10

Hinc immissio pro facta et realiter consummata de jure habenda fuit. 11

CASUS XVI.

Confessio stupratae non gravat nominatum ad juramentum purgatorium.

SUMMARIA.

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3.
Rationes decidendi. n. 4. *seqq.*
Decisio. n. 9.

Meretrix quaedam post infanticidium commissum nominaverat duos, qui secum scortati fuerint. Pastor vero quaesivit, annon plures cum ea rem habuerint? cui inquisita respondit, quod neminem alium, nisi duos jam nominatos, admiserit; sed cum pastor regereret, etiam Grachum et Javolenum cum illa consuevisse, eosque jam confessos esse, illa replicavit: si ipsi velint ignominiam hanc sponte subire, se quoque id posse dicere, sed illos honestiores esse, quam ut id facerent. Pastor interea hanc confessionem dispersit atque dis- 1

seminavit adeo, ut tandem judex ansam inde arriperet, deferendi hisce diffamatis purgatorium juramentum. Quaerebatur igitur, an Grachus et Javolenus jurare teneantur? 2

3 Equidem confessio stupratae juxta quorumdam dd. opinionem id operatur, ut nominato possit purgatio per juramentum a judice imponi, argumento illorum jurium, quae de socio criminis adducit Carpzov. *p. crim. qu.* 121. *n.* 20.

4 Verum quia confessio haec non legitima, sed per meram pastoris suggestionem et ex falsis narratis elicita, immo et cum protestatione stupratae facta, quae nihil probare potest, nam a suggestionibus omnino in inquisitionis processu abstinendum. *l.* 1. §. 21. *ff. de quaest.* Brunnem. *proc. inquis. c.* 8. *m.* 5. *n.* 64. *in f.* ut taceam pastoris officio plane non convenire, ejusmodi confessiones privatas propalare, hinc nec ejus testimonio hac in parte credendum Carpz. *jurisprud. eccles. lib.* 3. *def.* 25. *n.* 4. Postea quoque ad severam 5 admonitionem magistratus constanter inquisita ad mortem jam condemnata negaverat; exculpatio vero illius, qui ad mortem condemnatus, multum operatur, adeo, ut quamvis aliquem prius inculpaverit, posterior tamen excusatio priorem accusationem plane consumat. Farinac. *quaest.* 46. *n.* 107. *seq.* Menoch. *lib.* 5. *praesumpt.* 48. *n.* 17. Carpz. *pr. crim. qu.* 33. *n.* 58. 6 quia moriens ad ex nerandam conscientiam posterius confessum edidisse praesumitur, licet prius assertum juramento antea confirmasset. Joseph. Mascard. *de probat. vol.* 3. *conclus.* 1135. *n.* 12. Ut adeo nullum 7 penitus remanserit indicium adversus Grachum et Javolenum; jura vero nemini juramentum purgatorium deferri patiuntur, nisi qui suspicionibus justis apud bonos et honestos viros gravatus sit. Seraphin. de Seraphin. *de privileg. juram. privil.* 5. *n.* 23. Joach. a Beust. *de juram. ad rubr.* §. 195. quare si nulla indicia, vel non verosimilia contra reum pugnent, absolvendus is est, non vero juramento gravandus. Carpzov. *prax. crim. qu.* 116. *n.* 42. *et quos ibi prolixe citat.* 8

Hinc Grachum et Javolenum ad juramentum purgatorium non teneri, sed ob defectum indiciorum legitimorum absolvendos esse, pronunciandum. 9

DISPUTATIO VIGESIMA QUINTA

DE JUDICIO PRINCIPIS JUXTA SOLAM FACTI VERITATEM.

D. APRILIS ANNO MDCCVII.

PRO LICENTIA

JOHANN PHILIP SEYBERTH, NASSOVIUS.

SUMMARIA

Processuum ambages ex jure canonico. §. 1.
Cur processus juris romani non receptus? §. 2.
Ordinationes processuum iisdem principiis nituntur. Prudentia naturali et experientia pollentes huic negotio adhibendi. §. 3.
Juris canonici tricae hodie augentur, et quae eo jure prudenter disposita, negliguntur. §. 4.
Quid in sequentibus tractandum. §. 5.
Constitutiones pontificiae adducuntur. De sensu verborum: simpliciter, de plano etc. §. 6.
Defenditur idem illarum particularum sensus. §. 7.
De clausula: sola facti veritate inspecta. §. 8.
Princeps ad solum factum respicere potest. §. 9.
Praesertim si superiorem non recognoscat. De principibus Germaniae. §. 10.
Dubium removetur. §. 10.
Princeps facilius lege generali processum mutare, quam in casu speciali inde discedere potest. §. 11.
Supponenda est in principe justa causa. §. 12.
Declaratur exemplo in oblatione ad jurandum. §. 13.
Procedit facilius in principe, qui habet jus de non applicando. Rationes dubitandi. Rationes decidendi. §. 14.
Quid de aliis imperii principibus. §. 15.
De camera neglectis nullitatibus judicante. §. 16.
Limitationes subjiciuntur. Quaenam nullitates in camera attendantur. §. 17.
Princeps in hoc judicio judicare potest ut Deus. §. 18.
An principes hic adstringantur ad probata? §. 19.
Cessat hic libellus solemnis. Princeps libellos solemnes penitus tollere potest. §. 20.
Probatur exemplo articulati libelli. §. 21.
Judicis est supplere defectus libellorum. §. 22.
Exemplum in annullata sententia lata super libello articulato. §. 23.
Item in actione hypothecaria alternative instituta. §. 24.
An sententia hic ferri possit super non petitis? §. 25.
Cessat hic litis contestatio. Quid in Saxonia? §. 26.
Cessat exceptio feriarum. §. 27.

Cessant exceptiones dilatoriae. §. 28.
An admittantur testes injurati? Quid in possessorio momentaneo? §. 29.
Testium publicatio cessat. §. 30.
Instrumenta hic mox producenda. §. 31.
Judex hic libere interrogare potest. §. 32.
Variatio in probando hic permissa. Juramenti delatio in processu executivo. §. 33.
Causae conclusio hic cessat. §. 34.
Sententia stando ferri potest. In scriptis tamen concipienda. §. 35.
Omnis solemnitas juris positivi hic cessat. Non ergo citatio. Nec defensio. §. 36.
An princeps ejusmodi processum generaliter introdu-cere possit? §. 37.
Nostri processus summarii satis prolixi sunt. §. 38.
Constitutio Christiani II. elect. saxon. §. 39.
An quorumdam causarum qualitas resistat? Quid si dubium sit in jure? Quid si in facto? §. 40.
Dantur similia judicia in Germania. §. 41.
De judiciis maritimis. §. 42.
Conclusio. Removetur processus tumultuarius. §. 43.

§. 1. Qui querelas de litium anfractibus, et processuum incommodis, quibus exposita praecipue est Germania, omnesque in eadem principatus gemebundi repetunt, et in illarum causas penitius inquirunt, culpam non levem juri canonico adscribunt. Etenim cum Germani adhuc in sua simplicitate viverent, de simplici et plano controversias inter cives subortas componebant, nec justitiam ex processuum libellorumque formulis, utpote quas penitus ignorabant, sed ex ipsius facti veritate inquirebant; et cum plus apud ipsos valerent boni mores, quam alibi scriptae leges, fide Germana, hoc est, ex bono et aequo, ductu rationis aequilibrio lites componebant, et diversos controvertentium impetus brevi via temperabant. At vero cum postea pontificii juris auctoritas in Germania invalesceret, et ex nimia apostolicae, quae praetendebatur, auctoritatis veneratione nefas crederetur, a regulis juris canonici vel latum unguem discedere; hinc factum, ut solemnis quaedam procedendi ratio illo jure insinuata, in fora introduceretur, et diversis interpretum placitis augeretur, adeo ut illa non observata periculum causae metuendum esset illi, qui contra istas processus regulas peccasset.

§. 2. Introducto autem in Germaniam jure canonico, ejusque processu, post plures demum quam centum annos pedetentim irrepsit (nam ne auctoritate publica introduceretur, omnibus modis cavendum censuit pontifex) jus civile romano-justinianeum, de quo vid. Conring. *de orig. jur. germ. c.* 26. In quo quidem brevior procedendi ratio circa causarum decisionem continetur; processum tamen juris canonici iterum ex foris Germaniae profligare, difficillimum fuisset. Destituebatur enim, uti jam dictum, jus rom. auctoritate publica, et qui circa forum versabantur, vel judicando vel causas agendo, canonicis jam innutriti erant principiis, quae eo minus dimittere poterant, cum non tantum speculum suevicum Germanos ad jus pontificium ablegaret, statuendo ex decretis et decretalibus omne jus tam in ecclesiasticis quam secularibus petendum esse, vid. spec. suev. juxta edition. Sebastiani Meichsneri *lib.* 1. *c.* 5. Sed etiam illi, qui glossas in jus saxon. conscribebant, ex jure pontificio interpretationem petebant, ampliationes exinde praeter priscam saxonum intentionem petendo.

§. 3. Principis illa processus canonici retinuerunt omnes illi, qui postea jussu principum ordinationes processuum conscripserunt; nec poterant fere aliter, cum unusquisque compilatorum prudentiae suae judiciariae specimen edere cuperet, non ut hoc ipso in judiciis promoveretur justitia, et facilior jus suum persequendi via redderetur, sed ut methodus accurata, vel potius captiosa praescriberetur, quam si quis negligeret, causa caderet, etiamsi haec justissima foret. Ex quo tandem illud evenit, ut qui medicinam justitiae nimium quantum vulneratae debebant afferre, ut illa ex aequo omnibus, tam pauperi, quam diviti administraretur, illam in praecipitio ponerent, et causas ad justitiae normam factique veritatem decidendas, praesenti periculo neglectorum processus solemnium exponerent. His enim adamussim non observatis, succumbendum est etiam illi, pro quo, quantum ad causae merita, ex confessione omnium, aperta militat justitia. Ex his vero incommodis et morbis inveteratis, an aliquando eluctari possint judicia Germaniae, exigua spes superest, dum vix ullo in loco tutior paratiorque via ostenditur ad juris persecutionem, quam per processuum anfractus, qui ipsi, quoties novae ordinationes judiciorum adspiciunt lucem, non minuuntur, sed augentur. Ut adeo plus spei superesset, si jurium imperii prudentia tamen naturali polleutes et experientia negotiorum publicorum instructi, huic negotio adhiberentur, ut illi ducto naturalis prudentiae modum praescriberent, quomodo subditorum controversiae levato velo, prout in *l.* 5. *c. de naufrag.* dicitur, componerentur, ubi pari felicitate res haec succederet, quam Sueci Danique in suis experiuntur regnis, ubi promptissima cuivis patet juris persecutio, ignoratis penitus processuum tricis et ambagibus.

§. 4. Cum vero, uti dictum, juri canonico adscribere soleant strepitum forensem, figuramque processus, mirandum tamen est, quare, dum tantopere iniquitatis incusant jus canonicum, illa ordinationibus processuum inserant, quae tamquam justitiae noxia accusant; vel si tandem quid mutandum censeant, vix meliores procedendi regulas, sed aliquando etiam deteriores pro repellendis hominibus incautis, ob neglectam processus figuram, a juris sui persecutione praescribant; e contrario illa, quae in jure canon. occurrunt remedia saluberrima, vel negligant, vel ad praxin fori deducere nolint, quod tamen si fieret, omnino et reipublicae, et privatis optime consultum foret: imo Deus ipse non offenderetur, cui aliquando in extremo judicio reddenda ratio, quo pacto diviti pariter ac pauperi jus redditum fuerit,: *Dei enim non hominis exercetis judicium, qui vobiscum est in causis, quas judicatis*, secundum versionem Vatabli 2. *Paralipom. cap.* 19. *v.* 6. quod alii notanter ita reddunt: *quodcumque judicaveritis, in vos redundabit.* Vid. Polus *synops. critic. ad d. c.* 19. *v.* 6. Et huc pertinet monitum b. Brunnemanni aliquoties ab ipso repetitum: in extremo judicio multae reformabuntur res judicatae. Vid. idem *in jur. eccles. lib.* 1. *cap.* 6. *membr.* 1. *n.* 19.

§. 5. Quapropter operae pretium fore existimamus, si constitutiones juris pontificii hic adducamus, quae

sine strepitu et figura judicii ad causarum decisionem perveniendi viam nobis ostendunt; quibus postea subjiciemus disquisitionem, quid principibus nostris circa processuum ambages resecandas permissum, et annon reipublicae subditorumque commodis promovendis expediat, judicia generatim ita constituere, ut sola facti veritate inspecta sufficienterque cognita, rejectis processuum solemnibus, feratur sententia.

§. 6. Prima constitutio juris canonici huic negotio inserviens occurrit in *Clem. dispendiosam* 2. *de judiciis*, ubi mox praemittit Clemens papa dispendiosam litium prorogationem ex subtili ordinis judiciarii observatione provenire, quam se restringere velle dicit, ita ut in causis ibi expressis procedatur simpliciter et de plano, ac sine strepitu judicii et figura. Plenius autem rationem et formam ita procedendi, quae sub illis quatuor verbis latitat, exposuit idem pontifex in *Clem. saepe de verb. sign.* ad quas constitutiones antequam descendamus, necessarium erit, quid arcani in verborum illorum, seu clausularum repetita copula, latitare existiment canonistae, in antecessum hic examinare. In utroque textu jam adducto verba illa processus solemnitatem restringentia, ut scilicet procedatur simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura judicii, tribus copulis sibi junguntur: unde disquirit glossa an si aliquod istorum verborum desit in forma commissionis, locus sit huic constitutioni? e. gr. si pontifex alicui causam committat, ut de plano cognoscat, juxta *c.* 13. *in fin. x. de judic.* quae phrasis etiam in jure civili non infrequens est, *l. nec quicquam.* 9. §. *de plano* 3. *ff. de offic. procons. l.* 6. *ff. de accus. l. miles* 11. *sexaginta* 6. *ff. de adulter.* Vel etiam si committatur causa duabus particulis conjunctis, scilicet *ut simpliciter et de plano* procedatur *c. sicut* 25. *x. de accusat.* Vel de plano et absque strepitu judiciorum. *c. olim* 26. *x. de judic. c. ea quae* 8. *x. de statu monach.* De quo strepitu judiciorum textus etiam occurrit *in l.* 33. *pr. c. de inoff. testam.*; vel etiam sine strepitu judicii et figura *c.* 43. *v. si vero de elect. in* 6*to.* Respondet Glossa, constitutionem Clementis in omnibus punctis locum non habere, nisi quatuor illa copulative in mandato pontificis expressa fuerint; ut hinc non sufficiat, si commissario mandatum sit, ut simpliciter et de plano judicet. Vel etiam sine strepitu judicii procedat, propter triplicem copulam in *Clem.* 2. *de judic. et Clem. saepe de v. s.* expressam. Et porro dubitat Glossa, quid juris sit, si priores copulae omittantur, et commissio sequenti modo concepta: *simpliciter, de plano, sine strepitu et figura judicii?* Respondet, ultimam copulam in praecedentibus repetitam censeri. Imo etiamsi et haec copula omissa sit, tamen illam subintelligendam esse, *arg. l. cum in testamento* 37. §. 1. *de haered. institut.*

§. 7. Sed mirum est, quamobrem canonistae Glossam hic communiter imitentur, et non attendant verba haec inter se plane aequipollentia esse, et hinc, sive committatur causa, ut *de plano* procedatur, vel ut procedatur *sine strepitu judicii*; vel ut causa peragatur *sine figura judicii*, sensum ubique eumdem esse, quod scilicet processuum ambages omitti debeant; nihil enim refert, quid ex aequipollentibus exprimatur. *l.* 3. *c. de instit. et substit. l. fin. c. de donat. sub modo.* Nam aequipollentium verborum eadem vis est ac potestas, *l. mulier* 22. *pr. ff. ad sctum trebell.* Carpz. *lib.* 3. *resp.* 10. *n.* 10. et quamvis aequipollens ibi non admittant, ubi certa forma a jure statuta est. Boerius *decis.* 1. *n.* 45. aut ubi de solemnibus agitur. Carpz. *part.* 2. *decis.* 199. *n.* 13. Attamen in *Clem. saepe* hoc non expressit pontifex, quod verba illa in commissionibus profundando processu summario praecise conjungi debeant; hinc nihil pro forma reputandum, nisi quod ut ita fiat, certa lege vel constitutione praescriptum est, *arg. l. non dubium* 5. *c. de ll.* Et quis demum ignorat, in rescriptis pontificum, et sic quoque in multis textibus juris canon. saepius vel tautologias, aut verborum priora declarantium repetitiones occurrere, quae eapropter ad formam negotii non referenda. Exempla recentioris praxeos romanae, et styli luxuriantis inutili verborum repetitione, qui desiderat, adire poterit Pyrrhi Corradi *praxin dispensationum apostolicarum pro utroque foro*; imo nec in sola caesarea et mandatis inde emanantibus illa verborum aequipollentium repetitio ignota est, quae cum vel idem indigitent, vel priora clarius exprimant, nemo exinde, si forte in aliis mandatis omnes illae expressiones repetitae non sint, minorem aut majorem vim mandatorum deducere conabitur.

§. 8. Quapropter etiam plerisque doctoribus visum fuit ab illa opinione, qua triplici verborum copulae aut quadruplici aequipollentium repetitione singularis tribuitur efficacia, si non expressa contradictione, ne venerationi juris canon. et Glossae quicquam detraherent, tacito tamen consensu discedere; quod factum est eo ipso, dum aliam mandandae jurisdictionis formulam excogitarunt, in qua omnes illae clausulae Clementis pontif. in effectu concurrerent. Videlicet, si pontifex vel princeps, quod hic loci perinde est, judicem sub hac clausula constitueret, ut sola facti veritate inspecta procedat, quam clausulam adhuc potentiorem esse, et plus operari, quam omnes illas clausulas, *summarie, simpliciter, de plano, sine strepitu, et figura judicii*, asserit Myns. *cent.* 2. *obs.* 44. *pr.* Unde hanc clausulam non tantum commendant Jcti hispani, lusitani, italique, ut Augustinus Barbosa *in tr. de clausulis c.* 173. Marta neapolitan. *tr. de clausul. p.* 1. *claus.* 368. Robert. Marant. *de ord. judicior. p.* 4. *distinct.* 9. *n.* 32. *et s qq.* Scacc. *de judic. lib.* 1. *c.* 53. *n.* 38. Bertazol. *lib.* 2. *consult. dec.* 455. *n.* 44. sed eamdem quoque magni faciunt Jcti Germaniae Gail. *lib.* 2. *obsero.* 42. *n.* 1. Mynsinger *d. obs.* 44. Brunnem. *in process. civ. c.* 1. *n.* 28. et effectus plane singulares eidem tribuunt; quapropter non inutile erit illorum sententias, quid ponderis isti clausulae subsit, adducere, et quid contra regulas processus liceat principi, aut etiam delegato principis, subista clausula constituto, ad examen revocare.

§. 9. Et quidem de principe communis dd. conclusio est, quod ipse in causa aliqua procedere possit, *sola facti veritate inspecta*, et hinc de plano, sine strepitu judicii et figura processus. Barbos. *d. clausul.* 173. *n.* 4. Marc. Anton. de Amatis *decis.* 61. *n.* 21. Gail. *lib.* 1. *obs.* 42. *n.* 1. Brunnemann. *proc. civ. c.* 1. *n.* 28. quando enim princeps scit veritatem, non debet ire per ambages, *arg. c. ad petitionem x. de accusat.* Gail. *d. obs.* 42. *n.* 2. Cujus quidem ratio in obscuro non est, cum ipsae processuum ordinatio-

nes ex auctoritate et arbitrio principis dependeant, et hinc, uti lege a se lata superior est, ita eadem obstringi nequit, nisi quamdiu libuerit. *arg. l. princeps* 31. *ff. de lib.* Quamobrem in ejus arbitrio erit, quatenus processuum solemnibus semet adstringere, vel illa relaxare, et sola facti veritate inspecta, judicare velit; modo non negligat illa, quae ad sufficientem facti cognitionem et rei defensionem pertinent de quibus dicendum erit inferius.

§. 10. Restringunt vero sententiam jam adductam, ut tantum pertineat ad principes superiorem non recognoscentes, quod his solis illa potestas competat sine strepitu judicii, et figura processus causam decidendi, Marta *tr. de clausul. part.* 1. *claus.* 368. *n.* 1. Barbosa *ad cap. petitionem* 22. *n.* 5. *x. de accusation.* Aliis autem principibus hoc ipsum denegandum esse existimant, et hinc principes imperii praecise ad regulas processus obstrictos esse putant. Verum hic praemonendum omnino est, doctoribus exteris, hispanis scil, lusitanis, aliisque, qui inter principem summum et inferiores distinguunt, non insistendum esse, quoties de potestate principum imperii quaestio exsurgit. In illis enim regnis principes inferiores a nutu regis dependent, et legibus in universum omnibus, quae regni illius judiciis praescriptae, adstringuntur, ut nihil quicquam circa illas mutare aut his contrarium mandare possint. Verum Germaniae principes, vigore superioritatis territorialis, hac potestate gaudent, ut non obstantibus aliis imperii legibus, ipsi ordinationes judiciorum et processuum in suis territoriis publicare, et subditos ad illarum observantiam adstringere possint; unde quot principatus in Germania, tot etiam diversae processuum ordinationes reperiuntur, quas nemo espropter irritas dixerit, quod a processu camerali in imperii constitutionibus praescripto, aliisque juris communis regulis discedant. Quodsi de hoc quis dubitaret, posse principes in suis territoriis hanc formam judiciis praescribere, ut neglectis processus ordinarii ambagibus, summariter et de plano procedant, et sola facti veritate inspecta judicent, ille perpendat, quod et jus nostrum privatis litigantibus hoc permittat, ut inter se pacisci possint circa formalia processus, eorumque pactio firma sit, adeo ut legum auctoritas pactis litigantium mitigari possit. *l. ult.* §. *ult. c. de tempor. appell.* Si ergo ipsi litigantes privati pacto suo renunciare possunt processui ordinario, et se constringere ad celerem et summariam causae cognitionem. Brunnemann. *in proc. c.* 1. *n.* 18. Carpz. *in proc. tit.* 1. *art.* 1. *n.* 56. adeo, ut judex tali compromisso partium de causa celerrime expedienda stare teneatur, nec ad processum ordinarium illos remittere valeat. Carpz. *p.* 1. *c.* 1. *d.* 15. *n.* 7, Non video rationem, quare princeps idem lege generali in sua provincia inducere nequeat, ut omnes causae de plano et summariter decidantur, quo ita subditi a sumptuosis litium anfractibus liberentur, et brevi via cuique jus suum tribuatur.

§. 10. Equidem facile praevideo, hic in contrarium urgeri posse, quod ejusmodi constitutio tenderet in praejudicium subditorum, si ordo juris semel per constitutiones provinciae introductus et receptus turbaretur, et via reis adimeretur, defensionem suam plenius deducendi, sicuti quidem hoc contingit in processu ordinario, ubi etiam altioris indaginis exceptiones admittuntur, et excutiuntur, quae e contrario in processu summario rejiciuntur, inde causam ordinariam invito reo non posse summarie tractari a judice, pluribus tradit Carpz. *p.* 1. *c.* 2. *d.* 18. Verum his reponimus, nemne existimet, ante receptum in foris Germaniae processum juris canonici et romani, causas legitime decisas non fuisse, sed meram injustitiam in Germania regnasse? Forte fatebuntur ipsi, qui solemnia processuum ita severe inculcant, ac pro his retinendis tamquam pro aris et focis magno conatu dimicant, melius consultum fuisse Germaniae per celeres litium compositiones, quam quidem hodie per processus in tot annos et lustra, imo saepius ultra seculum extensos, ubi si mox ab initio qualitercumque transegissent, plus in effectu obtinuissent, quam per victricem sententiam tot sumptibus et molestiis obtentam. Vel creduntne, praetores Romanorum, ubi extra ordinem et de plano pronunciarunt, injuste pronunciasse? Imo quia tandem admittunt omnes, praxin illam saxonicam, in plerisque aliis Germaniae foris receptam, quod scilicet ex instrumento recognito seu guarentigiato executive agi possit, non admissis exceptionibus, nisi in continenti demonstrandis, laudabilem esse, et ad promptam juris cujusque persecutionem pertinere, licet juri communi conveniens non sit, ubi ex ejusmodi instrumentis ordinario processu experiundum, nec ullum instrumentum paratam executionem producit, nisi clausulae executivae vel aequipollentes obligationi sint insertae. vid. *recess. deputat. de anno* 1600. §. *Ob auch.* 34. Dn. Lauterbach. *ad ff. ad tit. de fide instrum.* §. 47. Carpzov. *lib.* 4. *resp.* 9. *n.* 3. Quodsi ergo tali casu injustum non est, remotis exceptionibus altioris indaginis sine strepitu aut figura ordinarii processus causam celeriter decidere; cur princeps non idem statuere posset in omnibus causis aliis, si modo de facti veritate sufficienter constet. Et hinc rectissime defendit dn. Brunnemann. *in process. civ. cap.* 1. *n.* 22. omnes imperii status in suis provinciis salva justitia abrogare posse processum ordinarium, et ejus loco introducere summarium.

§. 11. Utut autem hanc sententiam facile consensum impetraturam confidamus, si princeps lege generali, aut constitutione publica, processum ordinarium abroget, et brevem procedendi viam ad solam facti veritatem directam praescribat; attamen hoc controversia non caret, an recepto semel processu ordinario, et publica constitutione praescripto in casu speciali, qui alias ad ordinarium processum pertinet, causae decisionem ita princeps committere possit, ut in illa, licet ordinaria sit, sola facti veritate inspecta, remotis processuum regulis, procedatur? Vel, quae praejudicialis quaestio est; an princeps ipse ita cognoscere, et pro justitia causae contra regulas processus parti laesae succurrere possit? Dubitandi ratio non vulgaris inde nascitur, quod cum publice intersit, aequalitatem inter subditos servare, utpote, qua concordia inter cives, et obsequium erga principem summopere promovetur. Jacob. Omphal. *de usurpat. leg. lib.* 2. *c.* 6. *n.* 1. ut espropter aequalitatis et justitiae amorem magistratibus quam maxime commendet imperator *in nov.* 2. *c.* 3. unde Solon dicere solitus fuit; ab aequalitate nullam profecisse seditionem, teste Plutarcho *tom.* 2. *de fraterno amor. p.* 484. *lit. b. edit.*

Francof. anno 1599. Haec vero aequalitas quam maxime laederetur, si in unius causa procederetur ordinarie, auditis omnibus rei defensionibus, in alterius vero civis causa de plano et celeriter jus diceretur, reoque via praecluderetur, per ordinarii processus remedia exceptiones suas plenius deducendi. Haec ipsa vero inaequalitas priori casu locum non habebit, si princeps generali lege processum ordinarium abrogaret, et breviorem judicandi modum praescriberet; hoc pacto enim cives in universum omnes eamdem juris administrationem patiuntur, et quod uni denegatur, alteri non conceditur, ut hinc nemo pro altero se gravatum dicere valeat.

§. 12. Verum enim vero salva res est, si princeps ex justa causa inter certas personas a processus regulis recedat, et illi, cujus causae justitiam manifestam esse videt, brevi via jus dicat: vel etiam, si jam ob neglecta processus solemnia alicui periculum causae satis justae imminere videat, extra ordinem ipsi succurrat, et negotium, non obstante, quod circa fatalia processus quid neglexerit, ad justi aequique regulas reducat. Quodsi enim principi non denegenda est potestas, alteri jus quaesitum auferendi, si certam causam adesse videat, praesertim, si jus illud quaesitum sit non ex jure naturali seu gentium, sed ex mero jure civili, Petra *de jur. quaesit. per princ. non toll. c.* 28. *n.* 38 Menoch. *consil.* 158. *n.* 38. Berous *vol.* 3. *consil.* 147. *n.* 31. Kirchov. *vol.* 2. *consil.* 1. *n.* 49. Quis illi denegaret potestatem in casu, si per sententiam quis obtinuerit victoriam, non quod justam habeat causam, sed quod adversarius circa processus apices non vigilaverit, condemnato ob evidentem sententiae, quantum scil. ad materialia, injustitiam succurrendi, et iniquitatem emendandi, licet forte jam judicati vires nacta sit sententia: si enim jus aliquod strictissimo jure civili seu potius provinciali quaesitum, sine suffragio juris naturae auferatur; quis tale non diceret, quod circa processus regulas peccando amissum, et alteri adjudicatum. Et ob hanc causam concludunt dd. quod licet ratio juris civilis restitutioni repugnet, principem tamen ex evidenti causa restituere posse, cum hujus auctoritas semper censeatur excepta, licet lex municipalis, vel quod idem est, ordinatio processus deneget restitutionem. Ant. Faber. *cod. Sabaud. lib.* 2. *tit.* 35. *n.* 7. Rebuff. *ad const. regni Gall. tr. de relevament. verb. praescriptio. glos.* 4. Reinking. *de regim. sec. et eccles. lib.* 1. *class.* 3. *c.* 12. *n.* 55. Quod extendunt quoque ad illum casum, etiamsi princeps in ord. process. statuerit, aliquem non esse restituendum, quale exemplum etiam occurrit in *l. providendum.* 7. *vers. si quis vero. c. de postul. et l. mancipia.* 5. *vers. libertis quoque. c. de ser. fugit.* ubi nec principale beneficium dicitur admittendum. Princeps enim sibi legem dicere nequit, a qua non possit recedere. *l. princeps.* 31. *ff. de ll. juncta l. si quis in principio.* 22. *ff. de legat.* 3. Rebuff. *d. tr. princ. n.* 6.

§. 13. Exemplo unc alterove res declaranda erit. *ex ord. proces. saxon.* notum est, quod jussus jurare, intra octo dies a tempore lapsi decendii ad praestationem juramenti se offerre, et citationem impetrare debeat. Carpzov. *p.* 1. *c.* 12. *d.* 6. quod et *ord. proc magd. c.* 29. §. 6. congruit, adeo, ut hoc tempore elapso juramentum pro deserto habeatur. Verum hoc sine ullo rationis et juris suffragio extensum est in *ord. sax. tit.* 18. §. 9. *et in decis. novis.* 18. ut et ille ob desertum juramentum causa cadat, qui terminum illum anticipat, et citius se offert ad jurandum, quam offerre debebat. Carpzov. *d. c.* 12. *d.* 11. Quaeso, quid hic peccavit? ille quidem, qui octiduum praeterlabi patitur negligentiae poenam sustinet, quod fatale jurandi non observaverit; sed numne alter promptitudinis suae ac vigilantiae poenam subire debebit, quod animo satisfaciendi sententiae citius se obtulerit ad jurandum. Quod si hic ad principem recurrat, et restitutionem contra talem sententiam petat, quis diceret, principi hic manus ligatas esse, ut laeso suppetias ferre nequeat. Imo idem obtinere puto in neglecto octiduo, utpote quod fatale non ex jure communi, sed ordinationibus provincialibus dependet.

§. 14. Caeterum haec facilius admittentur, si ejusmodi principem in imperio supponamus, qui jure de non appellando gaudet; nam cum hic neminem habeat, qui sententiam ipsius reformet, subditis hic nihil remanebit, quam obsequii gloria, qui insuper eo facilius acquiescent, si conscientia sua convincantur, causae justitia non destitui illum, in cujus gratiam princeps contra regulas processus dispensavit, et ex aequo et bono sententiam tulit. Vulgo ejusmodi pronunciatum principis dici solet *ein Macht Spruch*, sive sententia ex plenitudine potestatis lata, quam aliqui laudant, alii vituperant, licet posterius plerumque illi tantum faciant, qui lucrum ex continuato processu sperant, eaque propter subitaneam litis compositionem dolent. Unde cum in casu quodam princeps quidam imperii causam per plures annos cum gravi dispendio utriusque partis agitatam, actorum voluminibus ad numerum octonarium excrescentibus, praevia consultatione enim consiliariis suis intimis, sola facti veritate inspecta, sententiam ferret, hanc improbavit collegium Jctorum Jenensium, quasi princeps limites suae potestatis transiliisset; verum aotis ad collegium juridicum hujus academiae *mens decemb. anno* 1701. transmissis, praevia diligenti in causae justitiam inquisitione, sequenti modo pronunciatum esse, mihi retulit dn. Praeses: *Dass der von Ihro Hochfürstl. Durchl. geschehene Machtspruch denen Rechten und der Billigkeit gemaess, welchem Beklagte sich zu submittiren verbunden seynd, in Entstehung dessen werden sie vermittelst der Hülffe dazu billig angehalten, es sind auch diese, die nach dem publicirten Machtspruch verursachte expensen auff vorhergehende liquidation und erfolgte Ermaessigung denen Klaegern zu erstatten schuldig. V. R. W.* Rationes autem, quibus corroborandam hanc censuerunt sententiam fuere sequentes: *Obwohl Beklagte sich bestaendig auff die vorige Acta beruffen, darinne sie vol.* 3. *fol.* 93. *bereits absolviret, und also contra ordinem processus zu seyn vermeinen dass Ihro Hochfürstl. Durchl. ex plenitudine potestatis darinnen gesprochen, und denen Klaegern wider die ergangene Urtheile Beyfall gegeben, Weil aber dennoch solche Urtheile niemals Rechtkraefftig, sondern derer effectus allezeit per remedia suspensiva auffgehoben worden, und also die Beklagte daraus kein jus quaesitum erzwingen können, und gleichwohl eine hohe Landes-Obrigkeit, wenn sie darumb imploriret wird, oder die Sache sonst zur cognition vor Dero Regierung kommen, wohl befugt ist, nicht so sehr auff den ordinem processus, als auff die justitiam causae et aequitatem*

zu sehen, zumaln aus unsern Rechten bekant, dass auch denen Praesidibus provinciarum erlaubt seye zu erkennen, quod eis visum fuerit justius et melius, dahingegen nur die Unterrichter ad leges processuales adstringirt werden. Auth. hodie jurant. c. de judic. Welches daher um so viel mehr ein Fürst des Röm. Reichs verrichten kan, als welcher in seinen Lande eben dergleichen Authoritaet, als der Kaeyser im Reiche hat, zumalen, wann demselben das jus de non appellando zustehet, wie solches in gegenwaertigem Fall Ihro Hochfürstl. Durckl. unstreitig haben, woraus das summum jus cognoscendi et corrigendi iniquitatem in processibus commissam von selbsten fliesset, und zu wünschen waere, dass solchem ruhmlichen exempel überall von hoher Obrigkeit nachgefolget, und die justitia meritorum causae, so lange kein ordentliches judicatum vorhanden, dergestalt untersuchet, und dem Unrecht leidenden Obrigkeitliche Hülffe, brevi via geleistet würde, indem die Process Ordnungen nur eigentlich vor die Unter-Richter, nicht aber vor die hohe Landes-Obrigkeit gemacht werden, weill sonst, wann diese contra iniquitatem processus einem Unrecht leidenden nicht succurriren könten, solche Ordnungen ein vinculum iniquitatis seyn würden, wozu doch nicht einmal der Eyd jemand verbinden kan. cap. 18. x. de jurejur. Wann nun die materialia dieser Sache angesehen, werden so ist ex actis unstreitig, dass der Vergleich, worinnen sich die Klaegere fundiren, auff ein offenbahres widerrechtliches pactum de haereditate patris viventis bernhe, welchem derselbe, wann er gleich anfaenglich consentirt hatte, expresse widersprochen, und, dass seine Kinder dessen ungeachtet gleich succediren solten, verordnet, dadurch solches pactum gaentzlich enthraefftet worden. l. fin. c. de pact. Carpz. *part. 2. const. 35. def. 17. et 19. Ob nun zwar Beklagte sich auff den gerichtlich verfertigten contract fundiren, vor welchen sonst die praesumptio veritatis et solemnitatis militiret, so hat doch nachmals bey angeordneter Fürstl. Commission sich deutlich an Tag geleget, dass das jenige, was in solchem instrument zum fundament gesetzet, im Gerichte nicht vorgegangen, insönderheit, dass der Vatter als Verkaeuffer, nicht vernommen, vielweniger gerichtlich consentiret, auch andere circumstantien zum faveur des Kaeuffers hinein gerückt, und der Amtmann selbst gestehet, dass er das Concept nicht revidirt, sondern sich auff den Actuarium verlassen, daher, wann gleich ein judicatum vorhanden waere, dennoch es hieselbst heissen würde,* quod sententia ex falsis instrumentis lata sit retractanda, praesertim, si constet, judicem in pronunciando ad hoc instrumentum respexisse, *l. divus Hadrianus. 33. ff. de judic. l. 3. c. si ex fals. instrum. Hiernechst auch hieselbst eine gar grosse laesio vorhanden, indem sich einer von den Klaegern bereits erbothen, zweymal mehr vor das Guth zu geben, als es Beklagte angenommen, und wann auch dieses nicht waere, aus denen Rechten bekannt ist, dass bey einer Erbtheilung auch eine laesio minor dergestalt zu attendiren, dass die Erben davor einander satisfaction zu geben schuldig, l. 3. c. comm. utriusque judic.* Ar. Pinell. *ad l. 2. c. de rescind. vendit. p. 2. c. 1. num. 1. seqq. So haben denn Ihro Hochfürstl. Durchl. allerdings recht und billig gethan, dass Sie durch Dero Decisiv Rescript, diesen langwierigen, so viel Jahr mit grossen Kosten continuirten process gehoben, und eine aequalem divisionem der Güter, wie sie in natura befindlic, veranlasset. Im Fall nun solche Theilung, wie in actis von Beklagten angeführet wird, sich nicht füglich thun lassen wolte, so ist das Mittel zu ergreiffen, welches sonsten die Rechte in diesem Fall billig erachten, dass nemlich das Guth plus licitanti zugeschlagen. werd l. 1. c. com. divid et ibi dd. Und weil Beklagte biss anhero solchem billigem Auspruch sich nicht submittiren wollen, sondern auffs neue allerhand Weitlaeufftigkeit, auch contra ipsam principis potestatem gemachet, so seynd sie daher in die dadurch verursachte Unkosten zu condemniren gewesen.*

§. 15. Quod vero attinet principes imperii, jure de non appellando destitutos, difficilius ab ipsis hoc jus exerceri videtur; si enim, neglectis formalibus consueti processus, in causa de plano pronunciaverint, pars altera mox ad appellationis beneficium provocabit, et nullitatis querelam appellationi jungat, quod facere poterit juxta recessum imperii *de anno* 1654. §. 121. Causa itaque hoc modo ad cameram imperii devolata, periculum reformandae sententiae semper sustinebit princeps, qui a regulis processus in pronunciando discesit; nam et camera ipsa in judicando sequi debet statuta illius provinciae, ex qua causa ad ipsam delata. vid. *ord. cam. part. 1. tit. 57.* ubi judicandum esse dicitur: *Nach Laendischen Ordnungen, Statuten und Gewohnheit der Füsstenthümer.* Blum. *proc. cam tit. 2. n. 16.* Verum enim vero, non ulterius cameram adstringi existimo ad statuta statuum imperii, quam quatenus causae decisionem respiciunt, non autem quatenus nullitas ex regulis processus judicii inferioris deducitur, si hoc nullitatis genus de jure communi incognitum sit; hanc enim non attendere solet, si justitiam meritorum causae ex actis luculenter perspiciat.

§. 16. Et huc pertinet cameralistarum sententia quando asserunt, in cameram imperiali nullitates processus, si alias de meritis et justitia causae ex actis sufficienter et liquido constet, regulariter non attendi. Gail. *lib. 1. obs. 42. n. 1.* Mynsinger. *cent. 1. obs. 27.* quam sententiam probant ex ipsa *ordinat. cam. part 3. tit. 34. §. 1.* ubi ita cautum, *Nachdem si auch zu Zeiten Nichtigkeiten und Nullitaeten der processe, oder Urthel, an den Untergerichten ergangen, befinden,* et postea: *und der Cammer Richter und Beysitzer solche angezogene Nichtigkeit nicht dergestalt erfinden, dadurch der Parthey in der Hauptsach ein unwiderbringlicht Unrecht geschehen, solten dieselbe vorige Processe anderer Unförmligkeit halber als nichtig nicht verwoffen, sondern darauff in der Hauptsache erkennet werden, was Recht ist:* Ex quo non obscure colligitur, si princeps imperii in causa coram se pendente, neglectis regulis processus provincialis, ad sola provincialis, ad sola causae merita respiciat, et ita, quod justum est, pronunciet, etiamsi ab illa ad cameram appellatum sit, sententiae reformationem ob praetensam nullitatem metuendam non esse, si camera videat, circa merita juste et legitime pronunciatum esse. Quorsum tendit sententia Mynsingeri *cent. 4. obs. 62.* quando dicit: si in judiciis inferioribus Germaniae sint tales consuetudines (scil. quibus non observatis, nulliter procedatur) processus tamen hujus nullitatis contemplatione non sunt annullandi, sed ad definitionem causarum, tam in causis ordinariis, quam sum-

mariis, si de meritis evidenter constet, procedendum; quam sententiam sequuntur Roding. *in pandect. jur. cameral. lib.* 1. *tit.* 21. §§ 13. *et seqq.* Klock. *in retat. cameral. relat.* 19. *n.* 13. dn. Fabric. *in not. ad observ.* Mynsing. *cent. I.* 1. *obs.* 27. Ruland. *de commissar. part.* 4. *lib.* 8. *cap.* 16. *n.* 1.

§. 17. Limitant tamen hanc sententiam. (1) nisi nullitas parti litiganti vel causae principali damnum irreparabile inferat. (2) nisi acta prioris instantiae ita confuse conscripta fuerint, ut status causae inde cognosci non possit, quo casu in camera etiam ex officio processus annullantur, (3) nisi nullitas ex actis tam manifesta sit, quae in alia instantia justificari non possit, e. g. si judex laicus in causa spirituali pronunciaverit. Mynsinger. *cent.* 5. *obs.* 43. Roding. *d. tit.* 21. §. 14. *et seq.* Verum, hae limitationes non destruunt illa, quae de non attendendis nullitatibus judicii inferioris, quatenus haec a jure communi discedunt, superius adducta sunt, ut hinc omnino princeps imperii sine periculo reformandae sententiae a regulis processus subditis suis praescripti, si justitia causae hoc postulet, discedere valeat. Non tamen ea propter existimandum est, camevam imperii omnes omnino nullitates in judiciis statuum imperii commissas negligere, et in judicando praeterire. Nam ipse recessus imperii *anno* 1654. §. 121. luculenter ostendit, querelam nullitatis in camera imperii contra sententias, in priori instantia latas, sibi adhuc locum vindicare, hac saltem differentia observata, ut non quaevis nullitas querelae per 30. annos locum faciat, sed illa tantum, quae insanabilis est, tam ex persona partis, quam judicis, et quae contra substantialia processus commissa. *cf. recess.* §. 122. quod declarat Blumius *process. cameral. tit.* 56. §. 5. Et hic per substantialia processus non intelligenda sunt illa, quae ordinationibus judiciorum recepta, verum jure imperii incognita; sed illa, quae necessario ad causae cognitionem pertinent, videlicet citatio, libelli oblatio, responsio, probatio, defensio ac sententia judicis: quae in his neglecta, omnino nullitatem involvunt, tam in judiciis principum imperii, quam in camera, et judicio imperatoris aulico attendenda.

§. 18. Sed jam proprius ad rem accedendum, et quid in judicio tali, ubi vel princeps *sola facti veritate inspecta* judicium suscipit, vel commissariis suis, ut ita judicent, committit, attendendum vel non attendendum sit, partim ex pontificis Clementis, partim ex doctorum opinionibus adducamus, et ubi opus fuerit, censuram subjiciamus, hoc tamen praemisso, quod clausulas illas aequipollentes, ut procedatur *simpliciter, de plano, sine strepitu et figura judicii*, sub praecedenti illa comprehendamus. Et (1) quidem vulgata doctorum sententia est, per illam clausulam principem, vel ab ipso cum tali clausula delegatum judicem, posse judicare ut Deus, qui ad solam veritatem respicit. Mynsinger. *cent.* 2. *obs.* 44. Maranta *in specul. aur. part.* 4. *dist.* 9. *n.* 32. Honded. *tom.* 1. *consil.* 22. *n.* 1. Bertazzol. *lib.* 2. *consult. decis.* 455. *n.* 44. quod tamen ita temperandum est, ut princeps vel ejus delegatus non insistat veritati, quam ex privata notitia habet, sed illi, quae ex testibus vel instrumentis hauritur: nam Deus ipse in legibus suis Mosaicis judicibus hoc injunxit, ut si rem confessum non haberent, ex ore duorum vel trium testium inquirerent veritatem. *deut.* 17. *v.* 6. *et c.* 19. *v.* 15. quibus testibus in probando aequipollent instrumenta legitime conscripta. *l. in exercendis.* 15. *c. de fide instrum.* Et ea propter ipse summus rerum conditor, antequam Adamum et Evam ob violatam legem ipsis datam condemnaret, licet facti informatione opus non haberet, utpote cum in ipsius conspectu peccassent, ipsos prius citandos et cum sua defensione audiendos esse censuit, ut ita omnibus in universum judicibus, tam summis, quam infimis, perpetuam legem praescriberet, neminem inauditum et indefensum condemnandum esse. Et huc pertinet notabilis restrictio doctorum, quando veritatem talem hic attendendam volunt, cui jus patr cinatur, Barbos. *de claus. cl.* 173. *n.* 8.

§. 19. (2) Superiori clausulae hanc efficaciam tribuunt, ut princeps nec ad probata, nec ad allegata adstringatur. Marta *de claus. cl.* 368. *n.* 1. Barbos. *cl.* 173. *n.* 4. Verum haec sententia omnino corruit ex illis, quae §. *praeced.* adducta; si enim jam probatio alia adsit, non est in potestate principis, vel etiam judicis ab ipso delegati, ut a probatis discedat, nisi defectum aliquem vel in persona testium, vel in ipsa probatione ostendere valeat; quale exemplum occurrit in historia Susannae adulterii jam condemnatae; sed detecta testium fraude, absolutae. Restringunt quidem allegati doctores sententiam suam ad principem summum, quasi ille, neglectis probationibus, secundum conscientiam suam judicare possit, si forte notitiam facti propriis sensibus perceperit, e. g. si homicidium a Titio committi viderit. Verum ex hoc non inferendum, quod princeps probata negligere possit, sed hoc potius inde sequitur quod ad male probatorum executionem non sit, adstrictus, si sciat innocentem ista probatione gravatum esse; si enim unus testis pro defensione sufficit, quis non principi contrariam scienti et asserenti hic fidem haberet, ubi de innocente ab ultimo supplicio liberando agitur? *arg. l.* 5. *ff. de poen.* At vero, an princeps illum, quem factum commisisse vidit, ex privata sua scientia, mox ad supplicium rapere possit, an vero prius conquirendi sint testes, aut per torturam ejus confessio extorquenda, quaestio plane alia est: nam et princeps, utut oculatus testis fuerit, circa personam delinquentem, vel circa modum delicti, aut alias facti circumstantias, errare potuit. Ex quibus jam adductis facile constat, quid sentiendum de illo dd. asserto: si princeps scit veritatem, non debet ire per ambages, *arg. c. ad petitionem.* 22. X. *de accusat.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 42. *n.* 2.

§. 20. (3) Non requiritur in hoc judicio libellus solemnis Maranta *de ord. judicior. part.* 4. *dist.* 9. *n.* 12. Riccius *collectan. decis.* 699. *effect.* 4. Cels. Hugo Dissut. *tr. de clausul. rescript. p. m.* 486. quod et in specie confirmat pontifex Clemens *in c. saepe v. s.* ubi dicit: *libellum* necessario non exigat. Hoc tamen merito restringunt doctores ad libellum solemnem; omnino enim judicem accedere actor, eidem factum exponere, et petitionem subjicere debet, quid ab adversario sibi praestari cupiat; quod et exigit pontifex *cit.* loc. quando subjicit: *quod in ipso litis exordio petitio fucienda, sive scriptis, sive verbo*, quo ipso solemnis tantum libellus remittitur. Ex hoc autem constat, principem proprio jure omnes libellorum defectus tollere posse, si de facto et petitione actoris con-

stet: quamvis enim vulgatum sit, quod exceptio inepti libelli integrum processum reddat nullum, Gail. *lib.* 1. *obs.* 66. *n.* 1. et inde judex illum ex officio rejicere, Cravetta *consil.* 50. *n.* 1. Pruckmann. *vol.* 1. *cons.* 50. *n.* 165. Carpzov. *in process. tit.* 6. *art.* 1. *n.* 29. imo plane dentibus lacerare teneatur, sicut loqui amant dd. Gail. *lib.* 1. *obs.* 66. *n.* 4. Moeller. *ad const. saxon. part.* 1. *c.* 2. *n.* 2. Verum hoc ad processum ordinarium pertinet, non ad summarium, aut ubi ad soli facti veritatem respiciendum esse vult princeps. Cur enim ex summaria facti narratione et qualicumque petitione subjecta, non aeque se informare posset judex, quam si solemnis libellus offeratur.

§. 21. Sane olim in imperio articulatus libellus receptus erat, quem necessario in processu ordinario offerre debebat actor, vid. *ord. cameral. qu.* 3. *tit* 12. §. 8. *verb. Seine Klage articuls-Weise zustellen.* Verum cum ex eo lites tantum protelari, non autem facti veritatem detegi, sentirent status imperii, communi consensu eumdem abrogandum censuerunt, surrogato in ejus locum libello summario, *dass die Klage summarischer Weise übergeben werden solle*, per *rec. imper. anno* 1654. §. 34. vid. Brunnemann. *proc. civil.* c. 5. *n.* 2. quod jam antea Saxones receperant *in ordinat. process. tit.* 5. §. 1. adeo, ut si quis ibi libellum articulatum adhuc obtulisset, non tantum post litem contestatam, sed etiam post sententiam contra illum excipi posse, contendat Berlich. *p.* 1. *concl.* 12. *n.* 4. Moeller. *ad constit. sax. p.* 1. *c.* 2. *n.* 4. Martini *ad process. saxon. d. t.* 5. §. 1. *n.* 1. quae sententia an justitiae conveniat, totum processum ex hoc capite annullare, quasi reo iaceute judex admiserit libellum articulatum, et justam super facto tulerit sententiam, merito dubitamus: si enim oblato licet libello summario, aliam sententiam in meritis causae obtinere non potuisset reus, cur huic post sententiam latam danda foret potestas, contra illam ex capite inepti libelli excipiendi. Quapropter magis probanda est sententia, quam habet Zangerus *de except. p.* 2. *c.* 14. *n.* 3. ubi statuit, quod si reus, exceptione ineptitudinis omissa, ad libellum actoris responderit, et judicium acceperit, postea audiri non debeat, adeo, ut judex libelli ineptitudine non obstante pro actore judicare possit, si de jure et justitia actoris constiterit; quod eo magis obtinebit, si clausula salutaris sive imploratio officii judicis fuerit subjecta, quam ineptitudinem libelli sanare in confesso est, modo judex ex narratis et petitis qualitercumque statum causae et qualitatem institutae actionis cognoscere possit, Pruckmann. *vol.* 1. *cons.* 50. *n.* 167. Gail. *lib.* 2. *obs.* 61. *n.* 11. *et seqq.* Mevius *p* 3. *d.* 351. *n.* 8.

§. 22. Quibus suppositis, non obscure apparet, posse principes eadem ratione, qua libellos articulatos rejecerunt, loco aliorum libellorum, quibus hodie utimur, nudas judicis implorationes cum qualicumque petitione, utut non satis apta, tamen a judice supplenda vel emendanda, substituere. Unde omnino laudanda est constit. summi tribunalis Wismar. *p.* 1. *tit.* 11. §. 11. *Es sollen auch die Advocaten zu Ende der Klage die gewoehnliche clausulas salutares hinan hengen, damit, ob die petitio der eingebrachten Klage inept und unförmlich oder nicht zureichend waere, dennoch auff narrata und angeführte Geschicht ergehen und erkant werden möge, was recht ist, und der Sache Zustand erfodert;* qua constitutione salutberrima exceptiones super ineptitudine libelli fere omnes removentur, et processus summopere promoventur. Idem placuit serenissimo legislatori in *ord. proc. Magdeb. c.* 18. §. 1. ubi implorationem officii judicis sub poena adjici voluit, hoc effectu, *damit ob gleich die petition in der Klage inept, und unfoermlich, oder nicht gnugsam waere, dennoch auff die narrata und erzehlte Geschicht ergehen und erkant werden moege, was Recht ist, gestalt ein ieder Richter vi hujus clausulae schuldig und befugt seyn soll, das jenige, was der Advocat circa jus übergangen, secundum acta et probata in sententionando zu suppliren:* Removetur ergo hic reis occasio, libellum frivole ineptitudinis accusandi: judicibus autem adimitur potestas ad frivolam saepius pronunciandi formulam recurrendi. *Dass die Klage, immassen sie anbracht, nicht statt habe:* Ita enim omnis efficacia clausulae illi salutari adimitur, et imploratio officii judicis; *über dieses alles, oder was ich sonst von Rechts und Gewohnheits wegen haette hitten können, sollen oder mögen, darüber will ich das nobile judicis officium imploriret haben,* penitus redditur elusoria, imo officium judicis suppletorium, quod per modum praecepti jura nostra ipsi iniungunt in *tit. cod. ut quae desunt advocatis partium, judex suppleat*, hac ratione omnino tolleretur; de qua ex professo egit celeberr. Jctus dn. Zaunschleiffer in dissert. quam inscripsit: *judex supplens.*

§. 23. Exemplo uno alterove hoc declarandum, quam faciles hic sint judices in admittendis exceptionibus contra libellum, vel etiam in hoc ex officio rejiciendo, adeo ut si factum in illo satis perspicue propositum, sed petitio minus apte formata, reus vero nihilominus sine exceptione libello responderit, et probationes jam tum peractae fuerint, tamen si acta ad collegium pro ferenda sententia definitiva transmissa, referens subtilitatibus libellorum adsuetus, neglectis causae meritis luculenter satis deductis, ut definitive pro causae justitia pronunciare possit, nihilominus sententiam concipiat, *dass die Klage angebrachter massen nicht statt habe.* Primum nobis suppeditat illud, quod *in* §. 21. adductum, scil. contra sententiam, ex libello articulato citra exceptionem admisso pro causae justitia et facti veritate latam, adhuc opponi posse exceptionem inepti libelli, et hinc pronunciandum esse: *Dass Beklagter von angestellter Klage, immassen sie anbracht, mit Erstattung der Gerichts-Kosten billig entbunden wird. Es ist aber Klaegern eine andere und foermlichere Klage nochmals anzustellen unbenommen*, sicuti hanc formulam profert Martini *in process. Saxon. tit.* 5. §. 1. *n.* 1. Moeler *ad constit. sax. p.* 1. *c.* 2. *n.* 6. Verum jam perpendat unusquisque, quam male utrique partium hac pronunciandi ratione consulatur. Actor enim expensas prioris processus refundere tenetur, etiamsi ob justitiam causae juxta acta et probata victricem sententiam obtinuerit. Reus autem nullo afficitur commodo, nisi quod ob remoras processus solvere possit tardius: non enim justior redditur ejus causa, aut major ipsi parabitur defensio, si rejecto processu priori, et loco libelli articulati summario substituto, causa ex integro peragatur; hinc nihil spei vel commodi ex ista libelli mutatione et redintegrato pro-

cessu ipsi superesse poterit, quam ut denuo, et forte etiam cum refusione expensarum condemnatur.

§. 24. Aliud exemplum occurrit in actione hypothecaria, ubi siquis in libello factum, tam obligatorium, quam quoad hypothecae constitutionem dilucide narraverit, sed petitionem alternativam subjecerit, ut reus aut hypothecam actori dimittat, aut debitum solvat, utut reus contra hunc libellum nihil exceperit, sed litem pure contestatus fuerit, tamen ex officio plerumque pronunciatur: *Dass die Klage, inmassen sie angebrachs, nicht statt habe.* Ubi quidem in puncto juris omnino verum esse censeo, actionem hypothecariam tantum dari ad dimittendam hypothecam, cum illa realis sit, et possessor nullo personali vinculo actori obstrictus ad pretii solutionem, uti nuper demonstravit dn. d. Rivinus junior *in speciali dissertat. lips. habita.* Verum cum negari nequeat, jure nostro possessori hypothecae hoc beneficium competere, ut oblatione pecuniae debitae se liberare possit. *l.* 12. §. 1. *ff. quib. mod. pign. solvatur. l.* 3. *c. in distract. pign.* Crusius *de jure offerend. c.* 9. *n.* 3. non video quare libellus ob alternativam petitionem tamquam ineptus sit rejiciendus, et non potius officio judicis tolerandus: actor enim, utut plus petat, nihil tamen petit, quod reo noxium esse possit, sed potius hoc in petitione exprimit, quod jura reo pro beneficio indulgent, cui nihilominus electio salva manet, num hypothecam dimittere, an debitum solvere velit. Vid. Ischov. *de act. disp.* 3. *th.* 38. Gail. *lib.* 1. *obs.* 62. *n.* 8. Imo nec judici per hanc petitionem libertas adimitur, super sola dimissione hypothecae pronunciandi, cum, ut *omni meliori modo pronunciet*, imploratus sit.

§. 25. Pluribus exemplis hoc illustrare, propositi ratio non admittit, imo etiam ex sequentibus apparebit, quam saepius nullitates fingantur ex ordine processus neglecto, ubi tamen revera nullae adsunt. Hoc vero adhuc tangendum est, quod nostrae clausulae hanc quoque efficaciam male tribuant dd. ut sententia etiam ferri possit non conformis libello, et sic super aliis, quam super petitis, Jason *ad l. Vinum* 22. *n.* 26. *ff. Si cert. pet.* Marant. *in spec. p.* 4. *dist.* 9. *n.* 33. Verum cum hoc directo refragetur constitutioni pontificis in *Clem. saepe*, ubi expresse dicitur, quod sententia ferri debeat *juxta petitionis formam*, inde Maranta hanc specialem efficaciam tribuit clausulae, si judicium forendum, *sola veritate facti inspecta*. ut vi hujus etiam super non petitis pronunciari possit; non autem vi illarum clausularum, quae occurrunt *in Clem. saepe*, scil. *de plano, sine strepitu et figura judicii.* Verum sententia haec fundamento destituitur: judex enim si super facti veritate cognoscere velit, nosse debet, quid petat actor, et quid petenti neget reus; alioquin verè tem inquirere non posset. Hoc tamen indulgemus facile, illa etiam non petita adjudicari posse, quae alias ex negotio principali dependent, vel quae praestari juris est: si enim ultibi, certe hic officium judicis suppletorium se exserere debet. Hinc fructus non petitos, damna data, et expensas, utut de his in specie nihil expresserit actor, recte hic judex adjudicat.

§. 26. Jam ad ulteriores clausulae nostrae effectus transeundum, ubi (3) hoc se offert, quod vi ejusdem procedi possit sine litis contestatione. Maranta *in spec. p.* 4. *d.* 9. *n.* 20. Quamvis enim haec ab aliquibus pars processus essentialis dicatur, ut haec neglecta mox oriatur nullitas insanabilis: de quo dd. *in l. un. c. de lit. cont.* Carpzov. *in proc. tit.* 10. *in princ.* Attamen si satis constet, in quonam contradicat reus actori, utut hoc non in forma litis contestationis proferatur, non video, quare annullari debeat processus. Vid; Carpz. *proc. tit.* 10. *art* 2. *n.* 20. Hinc et litis contestatio, in prima instantia omissa, non attenditur in camera imp. Brunnemann. *proc. civil. c.* 1. *n.* 28. scil. solemnis illa, non autem responsio ad petita actoris. Et hic quoque sensus est *Clem. saep. de v. s.* quando pontifex ibi dicit: *litis contestationem non postulet*. Immo *in d. l. un. c. de l. t. cont.* lis tunc contestata dicitur, quando judex per narrationem negotii (scil. ab utraque parte factam) causam adire coepit Quam pontificis sententiam secuti sunt Saxones, ubi si in causa summaria petatur responsio et litis contestatio, causa mox degeneret in ordinariam. Unde ibi plane vulgatum est, quod in causa summaria non agendum sit *auff Antwort und Kriegsbefestigung*, sed tantum *auff die Einlassung*, per quam qualemcumque responsionem intelligunt, ut inde statum causae, in quantum sibi contradicunt partes, judex cognoscere possit. Quod si tamen praxin saxonicam attendamus, potius nomine quam re ipsa inter se differunt, *die Einlassung auff die Klage und die Kriegsbefestigung*, nam et *die Einlassung* fieri debet ad singula libelli capita; cum nec libellus solemnis a summario differat in facti narratione, sed tantum in externa appellatione, scilicet, *es saget Klaeger die Anbringung seiner summaschen Klage*; nisi dixeris, quod post litis contestationem judex pronunciare debeat *auff Beweiss und Gegenbeweis*; in causa autem summaria *auff Bescheinung und Gegenbescheinigung*, inter quae quid intersit, inferius quaedam occurrent. Nos ex superioribus hoc deducimus, quod in casu, ubi sola facti veritate inspecta judicandum, sufficiat narratio causae ab utraque parte facta, sine alia alia solemnitate. Hinc etiamsi causa foret ordinaria, nihil obstat principi, quo minus illam ita committere possit, ut remota solemni litis contestatione de plano procedatur.

§. 27. Ulterius (4) effectum superioris clausulae extendunt ut remotis etiam feriis procedi possit. *dict. Clem. saepe* Maranta *in spec. part.* 4. *dist.* 9. *n.* 19. qui tamen hoc merito restringit ad ferias humanas e. g. vindemiarum, messium, nundinarum; feriae enim Deo consecratae inter christianos omnino pro irrenunciabilibus habentur, ut hinc actus eo tempore gestus pro nullo reputetur, nisi forte causa moram non ferat. vid. *l. fin. cod. de feriis.* Carpzov. *p.* 2: *jurisprud. eccles. def.* 250. Zepper. *de ll. mosaicis lib.* 4. *c.* 9. *p.* 933. quamvis haec nullitas ibidem tantum ex ll. humanis sit, et inde princeps illam sua commissione impedire possit; si scil. causam ita committat, ut celerrime non attentis feriis quibuscumque, tam humanis quam divinis, in causa procedatur; quamvis enim peccatum sit, ferias divinas, praesertim diem dominicum, praeter necessitatem destinare negotiis forensibus; eo ipso tamen actus volente principe his diebus gesti in foro humano non sunt nulli.

§. 28. (5) In hoc judicio dilationes amputandae sunt, tut aliis eo expediatur, *d. Clem. saepe di V. S.* Maran-

ta *d. l. n.* 21. ex quo sequitur, quod nec exceptiones dilatoriae sint admittendae, *d. Clem. saepe.* Quamvis enim hae exceptiones partem quamdam defensionis continere videantur, ipsa tamen vox satis innuit, non decidendae, sed differendae litis causa tales exceptiones opponi. Hinc nullum est dubium, valere commissionem principis, ut remotis omnibus exceptionibus dilatoriis mox in causa principali procedatur; hoc ipso enim justitia causae non infringitur, sed promovetur, et malitia reorum, qui talibus subterfugiis moras nectunt, ne justissimae actoris petitioni mox respondere teneantur, retunditur. Add. card. tusch. *lit. c. conclus.* 366. *n.* 3. *seqq.*

§. 29. (6) Non quidem excludit clausula superior probationes necessarias, quippe de facti veritate sine illis constare nequit, *d. Clem. saepe.* Attamen testium multitudinem, quae in processu ordinario admitti solet, hic refrenandam esse, dicit Clemens pontifex. Juramentum vero illis remitti posse, non censeo, quamvis hoc velit Cels. Hugo Dissut. *tr. de clausul. rescript. p.* 487. quod scilicet vi hujus clausulae credatur testibus etiam non juratis. Utut enim sub Constantino imper. juramentum testium, quod jure ff. ignorabatur, demum introductum sit, postquam vero legibus imperii universalibus, et consuetis totius Europae moribus receptum, ut testi injurato non credatur, et homines hactenus hac persuasione perversa fascinati, quasi falsum dicere citra juramentum, levius quoddam peccatum involvat, cum tamen Deus quodvis mendacium puniat, inde vix asserendum, valere commissionem principis, ut sine juramento testes examinentur, et his fides adhibeatur, cum de facti veritate in corrupto hominum statu ex testibus injuratis certo constare nequeat. Interim in possessorio momentaneo ob utilitatem publicam, et ne partes ad arma veniant, probationes minus plenae admittuntur, adeo ut etiam testibus injuratis credatur. Carpz. *proc. tit.* 23. *art.* 1. *n.* 36. Cujus haec ratio est, quia hic decretum saltem fertur ad interim, salva ulteriori juris discussione, sive in possessorio ordinario sive petitorio, ut hinc facti veritas adhuc inquirenda restet, nec per sententiam in summariissimo latam discussa sit. Hinc etiam in foro saxonico certum est, si actori in processu summario injuncta sit *die Bescheinigung*, non eapropter admittendos esse testes injuratos, sed illos super oblatis articulis *über die Bescheinigungs-Articul* pariter examinandos esse, sicuti alias super articulis probatoriis. Interim hoc praecipuum assignant *der Bescheinigung*, quod ad terminum probatorium adstricta non sit, Carpzov. *proc. tit.* 13. *art.* 2. *n.* 197. quod tamen iterum fallit, si huic demonstrationi in sententia certus terminus sit praefinitus, *dass Klaeger binnen Saechsischer Frist dasjenige, was Beklagter nicht gestanden, zubescheinigen verbundenn sey*, sic enim omnino standum est decreto judicis, aut dilatio in tempore petenda. Vid. Martini *ad proc. Saxon. tit.* 20. §. 4. *n.* 57. mirum ergo est, quare etiam Saxones in processu summario admittant disputationes super attestatis, juxta Carpzov. *in proc. tit.* 15. *art.* 1. *n.* 10. *et seq.* cum tamen ipsi judici de eo, an probatum sit, satis constare possit.

§. 30. Caeterum (7) ut in ejusmodi processu facti veritas eo facilius eliciatur, asserunt dd. quod testium publicatione nequidam opus sit. Maranta. *p.* 4. *dist.* 29. *n.* 22. Quamvis enim partium litigantium omnino interesse videatur, ut sciant, qua ratione testes deposuerint, annon sibi contradixerint, aut variaverint, aut singulares in sua depositione fuerint; attamen, cum probatio non fiat parti, sed judici, Vid. *Rec. imper. de anno* 1580. §. 97. *vers. stechet mehrentheils l.* 3. §. 1. *ff. de test.* Richt. *p.* 3. *dec.* 8. *n.* 11. hic ipse perpendere poterit, quantum fidei testibus his, eorumque testimoniis habendum sit, juxta monitum Jcti *in d. l.* 3. *ff. de test.* Otiosae enim plerumque sunt illae disputationes super testium depositionibus, si enim rotulus hoc ordine formatus sit, sicuti juxta *recess. imper. de a.* 1654. formari debet, ita ut sub quovis articulo omnium testium depositiones scribantur, mox judici in oculos incurret, an hic vel ille articulus probatus sit vel non, ut hinc ex advocatorum deductionibus hoc addiscere necessum non habeat.

§. 31. (8) Porro ad probandam facti veritatem permittit pontifex in *Clem. saepe*, ut possit judex mox exigere omnia acta, et causae munimenta, scil. illa, quibus intentionem actor et exceptionem suam reus probare nititur. Quo fine enim hic expectabitur, ut praecedat decretum actori demonstrationem injungens, et postea demum intra certum terminum productio documentorum fiat, quod non nisi ad protelandam litem pertinet; unde commissarius principis, cui ad solam facti veritatem respiciendum est, mox injungere potest partibus, ut, ubi summariam causae narrationem et rei responsionem audivit, unusquisque eorum, qui non ad testes, sed ad documenta provocavit, acta et instrumenta sua brevi quodam termino producat, quo inde facti veritas sine ambagibus eliciatur. Quid enim obstaret, quo minus litigantes, dum instrumenta producunt, simul ostendant, in quibus instrumenti verbis intentionem vel exceptionem suam fundatam esse credant.

§. 32. Huc etiam (9) pro faciliori indagatione veritatis facti refertur *libertas interrogandi*, quam pontifex judici indulsit, ut sive partes hoc urgeant, sive judex hoc pro veritate indagandi consultum esse videat, litigantes ex officio interroget. Vid. Menoch. *de a. j. q. lib.* 2. *cas.* 51. *n.* 40. Marant. *p.* 4. *dist.* 6. *n.* 28. qui hanc differentiam inter processum summarium et ordinarium hoc passu constituit, ut judex in hoc interrogare possit etiam post conclusionem in causa; ast tantum ex officio pro declaratione antecedentium, verum non ad instantiam partis; judici enim nunquam concluditur. Gail. *lib.* 1. *obs.* 107. *n.* 5. partes vero per conclusionem constringuntur, ne regulariter quicquam novi producere, et hinc nec a judice, ut super certis punctis adhuc interrogetur adverserius, exigere possunt. Vid. Mev. §. 3. *d.* 400. Brunneman. *proc. civil. cap.* 26. *n.* 10. ubi ergo de simplici ac plano proceditur, omnino etiam pars judicem quocumque tempore implorare potest, ut adversarium adhuc super uno vel altero momento causae interroget. Hinc huc trahi nequit. *tit. ff. de interrogationibus in jure faciendis*, quem communiter usu fori abrogatum dicunt. Vid. dn. Thomae. *tr. de nox. animal. c.* 12. *n.* 24. nam in isto titulo agitur de actione ex interrogatione alterius acquirenda. Hic agitur de veritate indaganda super actione jam mota, de quo pluribus vid. dn. praes. *in us. mod. ff. ad. d. t.* §. 14.

§. 33. Hoc quoque (10) ad promovendam probationem pertinet, quod liberum sit actori loco testium,

ad quos provocaverat, producere documenta, vel etiam ab utrisque recurrere ad juramenta; nam et in processu summario locus est juramenti delationi. Zanger *de except. p. 1. c. 2.* Carpzov. *in process. tit. 11. art. 1. n. 5.* Nec enim juramenti delatio protelandae litis, sed potius illi terminandae occasionem praebet: aut enim hic jurandum, aut referendum juramentum, aut, qui juramentum detrectat, causa cadit; ut hinc mirum sit, quare Saxones reo ex instrumento guarentigiato convento et solutionem opponenti concedere nolint juramenti delationem: ratio enim illa, quam hic suppeditant, quod scilicet juramentum sit species legitimae et ordinariae probationis, Berlich. *p. 1. concl. 84. n. 84. seq.* Rauchbar. *p. 1. qu. 11. n. 15.* Carpz. *in proc. tit. 22. art. 4. n. 19.* non obstat, quo minus hic, ubi de solutione in continenti probanda quaestio est, admitti possit; nec enim moras desiderat juramenti praestatio vel delatio, praesertim si terminus brevior a judice praefigatur. Unde haec Saxonum sententia rejecta est ab ipso Hartm. Pistoris *p. 4. qu. 13.* et contrarium statutum in ducatu Magdeburgico. *ord. process c. 29. §. 3. in fin.* Quapropter non dubito, etiam tuno, quando sola veritate inspecta judicandum est, tam super actione, quam exceptione juramentum deferri posse, cum ipso apostolo monitore ad *Hebr. 6.* juramentum sit finis omnium litium. Unde et juramentum tam calumniae, quam veritatis admittit pontifex in *Clem. saepe.* Ex superioribus autem patet, variandi licentiam circa probationem in hoc judicio competere partibus, unde illa praxis, quae juramenti delationem non admittit, si jam probatio per sententiam injuncta, non est probanda, qualis casus in *ord. process. magdeburg. d. c. 29. §. 3.* Modest. Pistor. *p. 2. qu. 79.* si enim est species legitimae probationis teste Carpz. *cit. loc.* quid vetat, quo minus probatione semel simpliciter injuncta, admittendum sit juramentum, *per l. 25. §. in omnibus. ff. de probat.* Mev. *p. 4. d. 6.*

§. 34. (11) Id porro singulare est in hoc judicio, quod non opus sit causae conclusione, sed judex, si ex petitione et probatione aliisque actis in causa satis fuerit informatus, sententiam proferre potest. *d.Clem. saepe in fin.* Quamvis enim non desint, qui etiam conclusionem in causa pro parte substantiali reputent, Ummius *in proc. disp. 19. n. 1.* in judicio tamen, ubi de plano et sine strepitu forensi procedendum, conclusione opus non est. Maranta *p. 4. dist. 9. n. 23.* quamvis et plerique alii dd. statuant, etiam in alio processu omissionem conclusionis nullitatem non inducere, Mynsinger. *cent. 3. obs. 17.* Gail. *lib. 1. obs. 107. n. 1. et seq.* modo partes satis auditae sint. Mevius. *p. 1. decis. 78. n. 8.*

§. 35. Hoc quoque pontifex Clemens in sua constitutione tamquam singulare indulget judici; ut sententiam proferre possit sive stando, sive sedendo, de quo vid. Maranta *d. dist. 9. n. 35.* Haec vero circumstantia, aut stet Judex, parum ad negotii subsistentiam facit; licet enim jus nostrum exigat, ut judex sedendo sententiam ferat. *l. 6. c. de sentent. l. 59. ff. de judic.* adeo ut sententiam a stante judice latam nullam esse velint. *c. fin. x. de sent. et re jud. et ib. Barbos.* hoc tamen cum ad meram solemnitatem pertineat, non ex propter impugnanda est sententia in hoc nostro judicio, quod a stante judice prolata, cum et alias in actibus voluntariae, jurisdictionis ista solemnitas in judice non exigatur. Brunnem. *in proc. civil. c. 27. n. 50.* Hoc vero magis huc pertinet, quod pontifex velit etiam in hoc judicio sententiam in scriptis esse concipiendam; verba enim, quae *in Clem. saepe circ. fin.* subjiciuntur; *prout magis sibi placuerit*, non pertinent ad verba *in scriptis*, sed ad verba *stans vel sedens.* Cum enim hic de facti veritate sollicitus esse debeat judex, necessum est etiam, ut partibus constet de veritate sententiae, quae si memoriter prolata, semper periculum subest, vel verborum sententiae non satis perceptorum, vel postea mutatorum, cum et judicis memoria labilis esse possit. Vid. Scaccia *de sentent. gloss. 12. n. 16.* Vantius *de nullitat. ex defect. process. n. 70.* Brunn. *d. c. 27. n. 47.*

§. 36. Imo tandem generaliter concludunt dd. in hoc judicio a principe sub hac clausula commisso tolli omnem solemnitatem juris civilis et positivi, non autem illa, quae sunt juris divini et naturalis. Barbosa *claus. 173. vel* Menoch. *consil. 180. n. 7. in fin.* Riccius *part. 3. collect. decis 699. effect. 1.* Cels. Hugo Dissert. *de claus. rescript. p. m. 487.* Jason *ad l. certi condictio 9. §. si nummos 8. ff. de reb. cred.* Ex quo patet, citationem partis hic omitti non posse. Barbosa *ad Clem. saepe n. 12. et 24.* cum hanc nec Deus ipse in condemnatione Adami omiserit, de quo jam supra dictum. Ex quo pariter in confesso est, nec illa in hoc judicio negligenda esse, quae ad defensionem legitimam pertinent. *per d. Clem. saepe.* cum si quicquam aliud, certe juris naturae sit defensio, quae hinc nemini deneganda. *l. defensionis facultas 7. c. de jure fisc. l. 19. ff. de poen.* Carpz. *prax. crim. qu. 141. n. 37.* de cujus favore plura congessit Manz. *in special jur. sub tit. defensionis favor.*

§. 37. Atqui ex his, quae hactenus in medium adducta, pro instituti nostri ratione satis constabit, quid secundum principia pontificis in tali causa, ubi *simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura judicii* procedi mandatum est, observandum sit. An vero hujus generis processum princeps generaliter introducere possit, sive causa sit ordinaria sive summaria, ut *sola veritate facti inspecta* procedantur, non conveniunt. Sane pontifex in *Clem. dispendiosa 2. de judiciis*, certas causas recenset, in quibus tale judicium obtinere statuit, scilicet in *electionibus, postulationibus, vel provisionibus, aut super dignitatibus, personatibus, officiis, canonicatibus, vel praebendis, seu quibus vis beneficiis ecclesiasticis, aut super decimis, nec non super matrimoniis vel usuris, et eas quoquo modo tangentibus.* In quibus causis cum speciale quoddam interesse ecclesiae, vel etiam redditnum ecclesiasticorum versetur, facilis fuit pontifex in amputandis regulis processuum ordinariis. In quo quidem estenus in foris secularibus hanc pontificis constitutionem secuti sunt processuum conditores, ut causas vel moram non ferentes, vel pietatis favorem habentes, vel ad publicum interesse spectantes exemerint ab ambagibus processus ordinarii, et in illis summarie procedi debere disposuerint, quarum causarum summariarum catalogum refert Zanger. *de except. p. 1. c. 1. n. 59.* Maranta *in spec. p. 4. dist. 9. n. 42. et seq.* Carpz. *in proc. tit. 1. n. 46. et seq.* Sicut et earumdem causarum 38. recensentur *in ordinat. tribunal. Wismariensis, p. 2. tit. 5. §. 1.* quinquaginta autem refert

Martin. *ad proc. saxon. ad rubric. n.* 13. *et seq.*

§. 39. Verum si processum illum, quem nostri in foro summarium vocant, inspiciamus, fateri necessum habemus, per eumdem causas non de simplici et plano decidi, sed per varios annos pariter hic litem protelari, quam si in processu ordinario causa ventilaretur. Et si verum fateri fas est, praesertim quoad processum saxonicum, luditur tantum in vocabulis, quorum alia substituuntur in processu summario, quae tamen in effectu parum differunt a processu ordinario; nam sive dixere; *Eine Klage, oder summarische* Klage, *eine Antwort oder Einlassung, ein Beweiss oder Bescheinigung, ein Gegen-Beweiss oder Gegen-Bescheinigung*, in rei veritate vix quicquam differunt, imo easdem moras processus exigunt, si non interdum longiores; quale exemplum est in eo, quod probationis terminus sit peremptorius, et hinc elapsa dilatione saxonica actor non amplius audiatur, sed sententia absolutoria mox sequatur, *dass* Klaeger *an seinem Beweiss sich versaeumet, derowegen Beklagter von angestellter* Klage *zu absolviren.* E contrario, si in processu summario actori injunctum sit, *seine* Klage *zu bescheinigen*, et ordinarius probationis terminus elapsus, actorisque contumacia in non demonstrando accusata sit, longe aliter pronunciatur: *Dass* Klaeger *sich an seiner Bescheinigung noch nicht versaeumet, sondern damit annoch zu hören sey.* Adest ergo hic expressum exemplum, ubi longior mora conceditur in processu summario, quam ordinario. Confer. quae dicta superius. §. 29.

§. 39. Cum ergo hac ratione parum commodi redundet in rempublicam ex processu summario, si in suo statu relinquatur, in quo hactenus frequentatus fuit, omnino bene fecerit princeps, si generali quadam lege causas tam ordinarias, quam extraordinarias ad easdem regulas revocet, strepitum forensem removeat, et ut sola facti veritate inspecta de simplici et plano juxta illa, quae superius adducta, in omni causa judicetur, disponat. Fuit haec quondam laudanda intentio Christiani II. electoris Saxoniae, qui in sua constitutione *de anno* 1609. quae inscripta est *Erörterung der Landes-Gebrechen, sub tit. von justitien-Sachen.* §. *Ob wohl erstlich*, ita disposuit: *Dass unsere Cantzler und Raethe jedesmal es dahin richten sollen, auff dass alle vergebliche Geldspilterungen, Weitlaeufftigkeiten und circuitus verhütet, und so viel möglich*, sola facti veritate inspecta, *procediret, und denen unter den partheyen entstandenen Irrungen schleunig durch rechtmaessige Decreta abgeholffen werde.* Verum in quantum praxis subsequens huic saluberrimae constitutioni responderit, vulgo notum est, adeo, ut fere pro absurdo reputent illam procedendi rationem, ubi sola facti veritate inspecta judicatur, pro tollendis litium anfractibus commendare, dum existimant, formalia processus adeo necessaria esse ad causas juste decidendas, ut, si haec neglecta fuerint, cedere debeat justitia causae, et pro actore vel reo injustam causam fovente pronunciandum sit.

§. 40 Hoc tamen adhuc urgeri videmus, quod causarum qualitas id non semper admittat, ut in omnibus levato velo pariter procedatur, sed illas, quas ordinarias vocant, ex sua indole majorem requirere discussionem. Verum ad hoc reponimus, nullam fingi posse causam inter partes controvertentes, ubi fundamentum decisionis ex alio principio deduci possit, quam ex veritate facti, in quo se fundat actor, ut sententiam contra reum obtineat: et ex veritate facti, in quo se fundat reus, ut intentionem actoris elidat; si de utroque constet judici, quid opus est ulteriori processu? Quod forsan negotium ita comparatum, ut probationes aliunde conquirendae sint, imputet sibi actor, quod paratus non venerit in judicium, et si forte a reo quid opponatur, ad quod se praeparare non potuit, non denegabitur ipsi etiam in hoc judicio dilatio, si illam frustrationis causa non petierit. Et sane quorsum tendit illa solemnis relationum formula, qua in summis etiam imperii judiciis, si sententia super processu per multos annos agitato, ferenda sit, utuntur; scilicet (1.) an actio sit fundata, sive, an jus agendi et petendi ab adversario habeat actor? (2.) an actio sit probata? (3.) Quaenam exceptio proposita? (4.) An haec probata? (5.) an per eamdem actio sit elisa? quam ut ad ipsam facti veritatem primario respiciatur? Cur vero hoc non breviori modo fieri posset, quam post tot annorum altercationes, et post tot volumina actorum immensis sumptibus conscripta. Si dixeris, illo modo tamen causam plenissime discussam, probationesque cum reprobationibus exactissime deductas esse, ex quibus facti veritatem et causae justitiam accuratius cognoscere poterit judex, sententiam laturus. Verum ad hoc regerimus; aut controversia hactenus fuit super jure, aut super facto: si super jure, hoc per se certum est, nec ex advocatorum prolixis disputationibus addiscendum est judici, qui ipse jam ejus notitiam habere debet; aut si tamen hoc dubium sit, et occurrant sententiae communes contra communes, quarum catalogum satis magnum collegit Hieron. de Coevallos *in spec. opin. commun. contra commun.* spatium aliquod indulgeri poterit a judice, ut quisque fundamenta juris, in quo se fundat, brevibus ostendat, non per cumulos allegationum; sed breviter et nervose, adducto vel texta vel auctore in terminis, prout hoc in *recessu imperii de anno* 1654. §. 96. provide cautum est. Quod si vero super factis hactenus disputatum sit, aut illius fundamentum petitur ex instrumentis, aut ex testibus. Si ex instrumentis, quaero, an major facti veritas hic accedat, si per longa advocatorum producta super illorum contentis disputetur, quam si mox in ingressu litis judici offerantur, et in illis clausula concernens ostendatur, in qua actionem vel exceptionem fundatam existimet. Imo tandem nihilominus eo dilabetur processus, ut si judex sententiam concipere velit, ad ipsum tenorem instrumentorum recurrere, et non quid advocati hactenus vel dixerint vel scripserint, sed, quid sensui verborum cujusvis instrumenti conveniens sit, attendere necessum habeat. Et huc pertinet illud, quod vulgo in ore practicorum est; *Quicquid instrumentum non cantat, nec advocati cantare debent.* Si vero non in instrumentis, sed testium depositionibus quisque litigantium intentionem suam probaverit, quid obstaret judici, remotis omnibus partium disputationibus super attestatis testium, mox post finitum examen, facti veritatem exinde perspicere, an satis probatum sit vel non, et si forte semiplena tantum fuerit probatio, statim arbitrio suo determinare,

an actori suppletorium, an reo purgatorium juramentum sit deferendum. Si itaque princeps in sua provincia generaliter in quacumque causa hunc modum procedendi, ad solam facti veritatem restrictum, introducat, salutem suorum subditorum, qui per diuturnitatem et subtilitatem processuum pecuniis suis misere emunguntur, evidenter promovebit, et ita demum suum cuique sine temporis et fortunarum dispendio tribuet.

§. 42. Pro qua sententia ulterius stabilienda non provocabo amplius ad extera regna Britanniam, Sueciam, Daniam, sed ad ejusdem generis judicia, in plerisque Germaniae locis jam recepta, ubi simpliciter et de plano proceditur, etiam in causis gravissimis, cum magno salutis publicae incremento. Huc refero processum in foro mercatorum, *bey dem Handels-Gerichte*, receptum, de quo constat, quod ibi celerrime expediantur causae multorum millium thalerorum. Si ergo hic justitia obtineri possit sine strepitu forensi, cur idem in aliorum civium causis locum non inveniret? Si regesseris, causas mercatorum non ferre moras, sed interesse partium hic exigere, ut celerrime expediantur; repono; ergo ne aliis civibus hoc onus imponendum, ut per multas processus remoras et sumptus immensos jus suum persequantur, etiam cum periculo in justa causa succumbendi, si circa processus formula quid neglexerint. Confer. *Die neue Leipziger Handels-Gerichts Ordnung de anno* 1682. ubi *tit.* 11. omnes exceptiones dilatorias rejiciuntur; cur ergo hoc non etiam alibi fieri posset, de quo actum supra §. 28. Licet de caetero in eadem ordinatione lipsiensi multa adhuc deprehendantur, quae regulis processus summarii non conveniunt. Plura singularia, quae in foro mercatorum observari solent, congessit do. Lauterbach. *Disp. de jure in curia mercatorum usitato.* Huc etiam pertinet locus ex *Recessu imperii de anno* 1654. §. 107. ubi approbantur mores in civitatibus et curiis mercatorum usitati, *Dass in Wechsel-Sachen die parata executio stracks Platz haben, und dem Richter der ersten Instantz unbenommen seyn solle, ohngehindert einiger Appellation oder Provocation, nach der Sachen Befind-und Ermaessigung die Execution zu vollenziehen, und die Debitores zur Schuldigkeit anzuhalten.*

§. 43. Similis procedendi ratio obtinet in controversiis maritimis sive nauticis, in quibus jam olim *levato velo* procedendum esse, decreverunt impp. Honor et Theodos. *in l. 5. c. de naufrag.* Hoc fine in civitatibus maritimis separata quaedam judicia et collegia constituta sunt, ubi hujus generis controversiae, praecedente summaria facti cognitione, sine ambagibus processus ordinarii decidantur ab ejusmodi personis, quae rerum maritimarum sufficientem notitiam habent. Vulgo dicitur *das Admiralitaets-Collegium, oder das See-Gericht;* quamvis in quibusdam civitatibus etiam in his causis non semper summaria procedendi ratio stricte observetur, sed processus nautici aliquando multis procrastinationibus et effugiis protrahantur, sicuti conqueritur Reinold. Kuricke *de jure marit. Hanseat. in append. qu.* 37. *in med.*

§. 43. Plura addere nec lubet nec vacat: ex adductis enim satis constare arbitror, pro moraliter impossibili non censendum esse, quo minus principes imperii tandem processuum ambages resecare, et ut *sola facti veritate inspecta* feratur sententia, judicibus injungere possint. Ex hoc autem, quantum commodi in subditos redundaturum, ipsi testabuntur, qui cum fortunarum suarum dispendio per multos litigarunt annos, et tamen justitiam ob remoras processus obtinere non potuerunt. Non tamen hic intellectum volumus, sed procul esse jubemus processum tumultuarium, in quo via facti, aut non facti veritate et justitia inspecta, proceditur, et ita jus legitime quaesitum alteri sine causae cognitione, initio ab executione facto, adimitur, qualia exempla utinam non darentur quamplurima! Talia autem consilia qui aliquando principibus suppeditant, secum reputent, gravissimas coram tribunali divino rationes sibi reddendas esse; imo et in hac vita Deum malitiam hanc non relicturum esse inultam. Concludimus tandem verbis regii prophetae *ps.* 94. *vers.* 15. quae Lutherus expressit: *Recht muss doch Recht bleiben*, sed Vataplus in sua paraphrasi reddidit:

Deus ad justitiae normam restituet judicium, et hanc sectabuntur omnes, qui recto sunt corde.

SOLI DEO GLORIA.

DISPUTATIO VIGESIMA SEXTA

DE OBLIGATIONE FILIIFAMILIAS,

DIE MARTII ANNO MDCCVIII.

PRO GRADU DOCTORALI

DANIEL NICOLAI, REGIOM. PRUSS.

L. B.

Ne mireris, me hanc ex innumeris aliis elegisse materiam, quae publico dd. examini subjiceretur. Civilis est, fateor, illis, qui ll. aspernantur civiles, vel quibus nauseam parant, parum grata; utilissima tamen, non meo tantum, sed aliorum quoque judicio: insignis namque eorum, quae de obligatione filiif. et in genere et in specie dicentur, in praxi adhuc usus, sive hunc, sive illum, ex quo oriundus, consideres locum. Auctores praeter necessitatem cumulare nolui, ne taedium tibi crearem: adduxi tamen quosdam, ut inde, non cum vivis tantum, quos literarius orbis veneratur, sed et cum mortuis amicitiam me coluisse, patesceret. Selectiores elegi, et quos allegavi, omnes evolvi; in decidendis controversiis clarus ac perspicuus esse studui, peritiores quoque secutus; si tamen lapsum me inveneris, ignoscas, sciasque me et singularem tuum in me affectum inde collecturum, et, si meliora a te edoctus, gratias tibi relaturum. Vale.

CAPUT I.

De obligatione filiifamilias in genere.

SUMMARIA

Interpretatio vocum non omittenda. §. 1.
Filiusf. quis dicatur? §. 2.
Intelliguntur etiam filiaef. hic. §. 3.
Et in jure. ibid.
Exceptio. ibid.
Vocabulum filiif. comprehendit nepotes et neptes. §. 4.
Probatur. ibid.
Limitat. ibid.
Accipitur quamdoque latissime. §. 5.
Filiif. illustres non excluduntur. ibid.
Obligationis vocab. sumitur vel late, vel stricte. §. 6.
Obligationis descriptio. ibid.
Divisio remiss. ibid.
Principalis quaestio. ibid.
Ex omnibus causis filiusf. obligatur. §. 7.
Ll. filiumf. ab obligatione non arcent. §. 8.
Patri an obligetur. ibid.
Pater et filius habentur pro una persona. ibid.
Quomodo hoc intelligendum? ibid.
Ad obligationem requiritur (1) *consensus.* §. 9.
(1) *Assistentia legis.* §. 10.
Quae impediant obligationem remiss. ibid.
Actio ex oblig. filiorumf. nascitur. §. 11.
Object. ibid.
Resp. (1) (2) §. 12.
Inopia debitoris non tollit jus agendi. ibid.
(3) *Non omnia filius patri acquirit.* §. 13.
Probatur. ibid.
Castrensia sibi acquirit. ibid.

§. 1. Interpretationem vocum tantum non valere, ut melior sensu existat, certum est, vid. *l.* 3. *c. de liber. praeter. et l.* 3. §. 9. *ff. de adim. vel transf. legat.* interim voce rite explicata, melius de sensu dicendorum saepe judicari potest. *arg. l.* 6. *ff. de bon. damnat.* Unde vitio mihi nemo vertet, si de obligatione filiif. acturus, quaedam ipsas rubricae voces concernentia praemiserim: maxime cum paucis res expediri possit.

§. 2. De filiof. tamquam subjecto hujus dissertationis primo sollicitum me esse oportet. Varias familiae acceptiones evolvere propositi mei ratio vetat; hinc lectorem ad *l.* 195. *ff. de v. s.* remittens, mox quis filiusf. in jure dicatur, ex *l.* 4. *ff. de his qui sui vel al. jur.* noto. Videlicet cum paterf. ex potestate, et ex eo, quod sui juris sit, aestimetur; consequens est, ut is sit filiusf. qui sui juris non est, sed in alterius, patris nempe, qui princeps familiae in *l.* 196. *pr. ff. de v. s.* salutatur, potestate constitutus, nec ullo adhuc modo ab illa liberatus: quos modos subministrant *tit. ff. de adopt. et emanc. et j. quib. mod. p. p. solv.* ac dd. qui ad illos commentati sunt. conf. *c.* 2. §. *fin. de*

haered. in 6to. c. un. x. de infant. et langu. expos. l. 2. c. eod. l. un. §. 3. *c. de lat. libert. toll. nov.* 12. *c.* 2. ubi singulares quidem modi habentur, quibus a *p. p.* quis liberatur.

§. 3. Cum vero in p. p. non tantum sint filii, sed etiam filiae, apparet, sub nomine filiif. et filiasf. hic contineri. Equidem non diffiteor, in propria verborum significatione filiorum appellatione masculos tantum, non foeminas comprehendi, a qua sermonis proprietate in dubio recedendum non est; *arg. l.* 19. *ff. de usufr. leg.* Conf. Surdus. *dec.* 66. et alii, quos citat Hector Capyc. Patrus in *decis. noviss. dec.* 127. *n.* 4. 5. attamen nec prior acceptio juri nostro adversatur: in quo *saepius* masculinum sub se comprehendit foemininum, *l.* 40. §. 1. *l.* 52. *et l.* 195. *pr. ff. de v. s.* exempla reperies in *l.* 69. *ff. de leg.* 3. et nominatis filiis, filiae quoque intelliguntur, *l.* 16. *pr. ff. de test. tut.* add. *l.* 45. *pr. ff. de leg,* 2. Conf. Latus *d. l. dec.* 3. *n.* 1. *dec.* 127. *n.* 32. *et dec.* 128. *n.* 26. *et* 39. ubi, quod maxime in italica lingua filiorum appellatione foeminae contineantur, asserit: ut eapropter sine filiis decessisse non censeatur, qui filiam reliquit. Conf. Mantic. *de conj. ult. vol. l.* 11. *tit.* 14. *n.* 1. *seqq.* Dixi vero *saepius*, in materiis namque odiosis, et in contractibus, quorum natura est stricta, aliud obtinere solet: *arg. l.* 1. §. 3. *ff. de ventr. in poss. mittend.* Autolinius *res.* 34. *n.* 16. 17. *res.* 92. *n.* 1. add. *res.* 58. *n.* 22. prout et, ubi vel voluntas loquentis, vel consuetudo, vel lex contrarium suadet; id quod ex quavis substrata dijudicandum est materia, v. g. si illa sit feudalis, acquisitionis enim feudi cum regulariter foeminae incapaces sint, hinc expresso tantum genere masculino in literis investiturae, foeminae non continebuntur: quamvis, cum feuda magis a lege conventionis dependeant, quam proprio jure et moribus, secundum Galeotam *resp. fisc.* 25. *n.* 19. 20. ad hanc respiciendum esse putem.

§. 4. Verum latius adhuc, quam dictum, vocabulum filiif intellectum volo, ita ut ambitu suo etiam nepotes et neptes, pronepotes et proneptes comprehendat; non tamen omnes, sed illos saltim, qui patre in avi vel proavi potestate adhuc existente, vel editi, vel concepti fuerunt, hos enim in avi vel proavi potestate esse, notissimi juris est, per §. *f. j. de p. p. et* §. 9. *j. quib. mod. jus p. p. solv.* Neque textibus destituor, qui hanc latiorem filiif. acceptationem comprobent; ita expresse Paulus in *l.* 84. *ff. de v. s. Filii appellatione omnes liberos intelligimus: liberorum vero nomine, nepotes et pronepotes caeterique, qui ex his descendunt, continentur. l.* 220. *pr. eod.* imo notabilia sunt verba, quae §. *f. h. l.* habentur, *non posse nos dulciore nomine nepotes nostros quam filii appellare*; et justam hanc interpretationem dicit *l.* 201. *ff. eod.* exempla vid. in *l.* 14. *ff. et l.* 6. §. 1. *c. ad sc. maced. l.* 59. *ff. de r. n.* add. Menoch. *cons.* 310. *n.* 28. *et cons.* 347. *n.* 48. Et sane si patris nomine quandoque includitur mater, nec non avus et avia paterna et materna, Petrus de Murga *de benef. eccles. quaest.* 3. *n.* 892. quare filiorum nomen reliquos descendentes non includeret? perpetuum tamen nec hoc est, prout alii textus docent, et ut unius saltem exempli in contrarium mentionem injiciam, patet, quod tutor filiis datus, nepotibus datus non censeatur. §. *f. j. qui test. tut. dar. poss. l.* 6. *ff. de test. tut.* ut ita hoc casu filiorum nomine nepotes non veniant, ne alias nimium gravetur tutor, in re sive negotio tali, ex quo nullum omnino commodum sperat. Latior tamen haec filiif. acceptio in illis demum locis hodie usum habet, in quibus p. p. per solas nuptias non tollitur.

§. 5. Latissime filii nomen quandoque accipi, apparet ex Bonacina *tom.* 1. *tract. de censur. disp.* 2. *de excomm. qu.* 2. *punct.* 6. §. 2. *n.* 29. verum illa acceptio non est hujus loci. Hoc tamen addendum, filiif. nomine intelligi quoque filiosf. illustres, sive pater illorum superiorem se habeat, v. g. imperatorem, sive non; neque enim inter personas illustres cessat p. p. et licet nonnulli principibus imperii Jctionem in liberos denegent, ob ea, quae habet Myler. ab Ehrenbach. in *gamologia perf. imp. illustr. c.* 22. §. 2. 3. *et* 9. P. tamen p. ipsis denegari nequit; qui enim pater patriae salutatur, quidni propriorum quoad potestatem pater esset liberorum? Unde elector saxon. Joh. Fridericus a Carolo V. imp. restitutus, in specie p. p. in liberos recepit, prout ex do. Rhetio refert do. Praeses *in usu mod. tit. de his qui sui vel al. jur.* §. 4. *in f.* Quibus ita positis, quodnam sit subjectum hujus diss. in aprico est; videlicet; est persona in sacris paternis sive p. p. adhuc dum constituta, sive masculini sive foeminei sexus, sive immediate, sive mediate ab illo, in cujus potestate est, genita sit.

§. 6. De *obligationis* vocabulo etiam quaedam dicenda erunt. Sumitur illud *vel late*, cum quis ex quacumque causa ad praestandum aliquid adstringitur, qua ratione filius dicitur obligatus ad reverentiam patri praestandam; rei alienae possessor ad rem vero domino vindicanti restituendam, *vel stricte*, cum quis ex facto proprio, sive licito sive illicito adstringitur ad dandum aliquid vel faciendum, idque ex necessitate quadam a jure imposita; hoc modo accepta obligatio in *pr. j. de oblig.* junct. *l.* 3. *pr. ff. de o. et a.* describitur, quod sit *juris* (nempe civilis et naturalis) *vinculum, quo necessitate adstringimur, ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*; quo sensu hic quoque vocabulum obligationis acceptum volo; et quamvis variae sint obligationis divisiones, conf. Wissenb. *Ex ad ff. v.* 2. *disp.* 25. *th.* 27. eas tamen recensere animus non est, nec praesens materia exigit, quare omissis etiam omnium aliarum specierum definitionibus, mox illam attulimus, quae huc spectare videbatur, et alias a dd. mixta dici solet ideo, quia vinculum est aequitatis et naturalis et civilis simul, illam producens necessitatem, ut nisi hoc modo obligatus praestet id, quod praestare tenetur, jure et judicio eo nomine cum ipso experiri liceat, et ipse invitus ad satisfactionem adigi queat. Principalis itaque quaestio haec erit, utrum is, qui in p. p. adhuc est constitutus, ita se obligare possit, ut non actio tantum, quamdiu in p. p. est, verum etiam exactio contra illum ex obligatione hac detur? quam cum affirmem, probandum id ipsum mihi praesenti cap. erit; seqq. capp. de obligatione in specie acturus, quatenus nempe filiusf. intuitu peculiorum se obligare queat.

§. 7. Fundamentum assertionis nostrae est *l.* 39. *ff. de o. et a.* quae, quod filiusf. ex omnibus causis tamquam paterf obligetur, expressis verbis docet; verba

haec sunt: *filiusf. ex omnibus causis tamquam paterf. obligatur, et ob id agi cum eo tamquam cum paterf. potest.* In *l.* 1. *pr. ff. cod.* dixerat Jctus Gajus, obligationes aut ex contractu nasci, aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris: in all. jam *l.* 39. idem Jctus asserit, ex omnibus illis causis, sive contractu, sive maleficio, certum ac speciale aliquod nomen habente vel non, filiumf. obligari, et quidem ut effectus quoque inde sequatur, et ipse ideo conveniri possit. quod confirmat Ulpianus in *l.* 57. *ff. de judic.* his verbis: *tam ex contractibus, quam ex delictis, in filiumf. competit actio.*

§. 8. Regulariter licet, quod prohibitum non est: *arg. l.* 43. §. 1. *ff. de procur.* de obligatione filiif. idem dicendum est: nullibi enim in jure simpliciter filiusf. arcetur, quo minus ex conditione personae suae, quia filiusf. est, obligari possit, quemadmodum quidem servus ex conditione personae suae, valide obligari nequit, cum ne quidem personam integram habeat. *l.* 3. *in f. et l.* 4. *ff. de cap. min. l.* 14. *l.* 43. *ff. de o. et a. l.* 22. *pr. ff. de r. j.* quae ex *d. l.* 14. limitanda; ad *d. l.* 6. *c. de judic.* in tantum, ut quamvis servus manumissus fuerit, non tamen teneatur ex contractu in servitute celebrato *l.* 17. *ff. de n. g. l.* 1. 2. *c. an serv. pro suo fact.* Vid. *l.* 37. *ff. de fideic. libert.* Quando ergo in jure nostro dicitur, quod inter patrem et filium obligatio locum habere non possit, §. 6. *j. de inutil. stipul. l.* 2. *pr. ff. de c. e. v.* add. quoque *l.* 7. *ff. de o. et a.* hujus prohibitionis ratio non quaerenda in persona filiif. quasi haec obligari nequeat, sed potius in persona patris, sive in fictione unitatis, quia pater cum filio una persona esse fingitur, *l. f. in f. c. de impub. et al. substit.* §. 4. *in f. j. de inutil. stipul.* vid. *l.* 130. *ff. de v. o.* ex qua fictione multas illationes cumulare Felinum *de praesumpt.* asserit Murga *de benef. eccles. qu.* 3. *n.* 560. ut ita pater sibi ipsi obligaretur, *l.* 56. §. 1. *ff. de fidei. et l.* 16. *in f. ff. de furt.* quod absurdum, cum ad omnem obligationem duae ad minimum requirantur personae, una quae obligatur, altera cui obligatio acquiritur. Et hoc modo textus *all. in* §. 6. *j. de inut. stip. et l.* 2. *pr. ff. de c. e. v.* explicandos esse, non modo *ll.* supra pro confirmanda sententia nostra *all.* suadent, verum ipse modo *d.* §. 6. *j.* illam explicationem nobis suggerit, cum expressa ibi habeantur verba: *filii vero familiarum aliis obligari possunt*: imo nec hoc perpetuo obtinet, quod filius patri non obligetur, exceptiones enim pati hanc regulam, et eatenus tantum fictionem unitatis locum habere, quatenus filius omnia patri acquirit, non in aliis casibus, ex infra dicendis patebit.

§. 9. Requiritur ad id, ut quis obligetur, *consensus*, qui cum deficiat in filiis furiosis, mente captis, infantibus, ipsi quoque obligari nequeunt, *l.* 40. *ff. de r. j. l.* 1. §. 12. *ff. de o. et a.* §. 10. *j. de inutil. stip.* nisi ex re ipsa oriatur actio, *l.* 46. *ff. de o. et a.* prodigus quoque, cui se. bonis interdictum, quatenus furioso sequiparatur *l.* 1. *ff. et l.* 1. *c. de curat. furios. l.* 12. §. *f. ff. de tut. et cur. dat.* illis annumerari meretur, cum nulla ejus voluntas esse dicatur in modo *all. l.* 40. *ff. de r. j.* add. *l.* 6. *ff. de v. o.* Ast filiumf. dummodo legitimae aetatis sit, nec vitio aliquo vel animi vel corporis laboret, qualem omnino hic supponimus, consentire posse, quis negaverit, neque enim ut servus pro nullo reputatur, *l.* 32. *ff. de r. j.* sed arbitrii jus omnino habet; imo cum homo liber sit, caput civile habens, personam utique etiam habebit integram atque capacem et obligationis contrahendae, et actionis suscipiendae et denique condemnationis subeundae.

§. 10. Cum autem praeter consensum *assistentia* sive indulgentia legis accedere debeat obligationi validae, videndum jam esset, an illa etiam in obligatione filiif. adsit: verum quia §. 8. asserui, non inveniri legem, quae obligationi huic simpliciter resistat, textus etiam §. 7. pro nostra assertione allati; negotio hoc supersedere possum, id unicum addens, quod si forte exceptio quaedam pro cujusvis fere regulae communi natura afferretur, vid. *l.* 2. §. 1. *ff. de pollicit.* §. 7. *j. quod cum eo qui in al. pot.* Donell. *l.* 12. *c.* 24. *lit. a. seqq.* Jac. Cancerius *variar. resol. p.* 1. *c.* 10. *n.* 19. hac ipsa regula sive assertio nostra magis firmetur in casibus non exceptis, maxime cum etiam ipsa exceptio adferenda perpetua non sit. Quae impediunt validam obligationem, fusius exponit modo all. Donell. qualia tamen impedimenta in persona filiif. qua tali, conspicua non sunt, cum terminos habiles supponam, asserendo, filiosf. valide obligari; quos et in ipso patref. supponendos esse, docet *l.* 43. *ff. de o. et a.* quam licet ut obstantem adducat Gothofr. *in not. ad l.* 39. *eod lit. n.* tantum tamen abest, ut obstare eam credam, ut potius eam *d. l.* 39. lucem adferre, tuto asseram.

§. 11. Dum vero, valide filiosf. obligari, sustineo; patet, actionem quoque ex illorum obligatione contra eos nasci; verba *l.* 57. *ff. de judic.* hoc ipsum clare adserentis *in f.* §. 7. all ta fuerunt. Equidem secundum Jctum in *l.* 6. *ff. de dol. mal.* is nullam videtur habere actionem, cui propter inopiam adversarii inanis actio est; ipse vero filiusf. nulla bona habet, in quae executio judicati fieri possit, *l.* 28. *circa fin. ff. de vulg. et pupill. substit. arg. l.* 79. *ff. de a. vel o. h.* quare et illa, quae contra filiumf. actio datur, inanis erit. Conf. Ant. Fabri *rational. in ff. in l.* 57. *ff. de judic.* Add. Card. de Luca *in theatr. ver. et just. tract.* 1. *p.* 3. *disc.* 14. *n.* 2. ubi dicit, quod filiusf. regulariter praesumatur pauper, et omnia praesumantur esse patris, licet cum patre cohabitando negotietur. Quando vero filius dicatur habitare cum ipso patre, vid. Joh. Maria Novarius *in prax. noviss. sect.* 3. *n.* 9. *num.* 57.

§. 12. Verum resp. (1.) verbum *videtur* impropriam denotare locutionem: licet itaque *videatur* nullam actionem habere, qui adversarium habet inopem, revera tamen ipsi actio competit (2). Distinguo inter jus agendi, et inter effectum sive emolumentum actionis. Ut valida dici possit obligatio, sufficit jus agendi, cui perpetua non obstet exceptio, ex illa competere, licet hoc jus ob causam quamdam accidentalem effectum non habeat: jam vero inopia debitoris non tollit jus agendi, neque exceptio quaedam peremptoria est, sed suspendit saltim effectum plenariae executionis. Brunn. *in comment. ad d. l.* 6. *n.* 2. Alii distinguunt inter actionem et exactionem, et hanc, non illam inopia debitoris impediri dicunt. Faber *in rational. de l.* 6. *d. dol. mal.* In totum tamen neque exactio impeditur, sed uti dictum, suspenditur tantum, et facta condemnatione (quae nostro in casu fieri potest,

dum filiusf. adhuc in p. p. est. *l.* 10. §. *f. ff. de fidejuss.*) executio, quae in bona fieri deberet, differtur, donec ad pinguiorem fortunam pervenerit is, contra quem vi judicati executio facienda; *arg. l.* 7. *c. qui bon. ced. poss.* ubi filiusf. qui nihil etiam in censu habent, flebile cessionis beneficium conceditur; posset etiam alia ratione rei judicatae satisfieri, per inclusionem sc. ipsius personae in carcere debitorum, *in dem Schuldthurn*; *arg. l.* 1. *c. eod.* ut sic quodammodo in corpore luat, quia non habet in aere, *l.* 7. §. 3. *ff. de jurisdict.* quod alias in delictis quoque pecuniariam poenam annexam habentibus, quam reus solvere nequit, servari solet. *l.* 1. §. *f. ff. de poen.* exemplum vid. in *l.* 6. *in f. c. de sepul. viol.*

§. 13. (3.) Et hoc addo, nequidem jure dig. ad quod §. 9. respiciebatur, patri per filium simpliciter omnia acquiri: id quod probo ex *l.* 16. §. 11. *ff. ad sct. trebell.* ubi de restituenda filio a patre haereditate jussu ipsius praetoris; impetrata sc. prius venia, ut notat Gothofr. *ibid. lit. b.* Add. *d. l.* 16. §. 12. et licet adjiciatur, quod contra obsequium patri debitum facere videatur filius, qui ad restitutionem patrem cogit; puto tamen distingui posse inter jus et officium filii: jus habet filius cogendi patrem, utrum vero officium boni filii expleat, alia quaestio est, de qua sollicitus hic non sum. Alius adhuc casus est in *l.* 80. *ff. eod.* de haereditate expropter restituenda, quod, multa in fraudem fideicommissi fieri, contra patrem probatum esset. Castrensia quoque bona sibi, non patri, filiusf. acquirebat, §. 1. ibi: *exceptis videlicet castrensibus peculiis. j. per quas pers. cuique acquir.* Jure novo praeter castrensia alia adhuc bona filii acquirunt; per *d. t. j.* (ex quo obiter colligo, quod, quoties concurrit interesse parentum et liberorum, toties liberis eatenus indulgeri possit, quatenus debitus parentibus honor non minuitur). Add. *tit. c. de bon. mat. et de bon. quae lib.* Cum itaque et vet. et nov. jure filiif. bona habere possint, actio contra ipsos inanis non erit, prout hoc ex seqq. cap. clarius adhuc patebit.

CAPUT II.

De obligatione filiifamilias intuitu peculii castrensis et quasi castrensis.

SUMMARIA

Ex diversitate bonorum filiif. de obligatione constare potest. Obligationes quaedam respectum habent ad bona. §. 1.

Peculii etymologia. Homonymia. §. 2.

Divisio. Subdivisio. §. 3.

Descriptio peculii castrensis. §. 4.

Pertinent ad pec. castr. I. quae in militiam eunti donata. Etiam ab amicis. Modo bona sint mobilia. II. Res, quas filius secum tulit. §. 5.

III. In militia acquisita. Haereditates commilitonis extranei. Etiam agnati. Item fratris. Non etiam matris. ampl. limit. §. 6.

IV. Quae ex pec. castr. empta. Praedium a principe donatum quorsum spectet? §. 7.

De feudo quid sentiendum. Propriam habet naturam. Fructus feudi ad filium spectant. §. 8.

Pec castr. pleno jure a bonis patris separatum. Intuitu ejus omnes contractus celebrat filius. §. 9.

Libere de illo disponit. Ut paterf. Mutuum etiam accipit, et cessat sct. macedonian. Exceptio (1) (2). §. 10.

Gaudet miles beneficio competentiae. §. 11.

Pater in pec. castr. nihil juris habet. Refutatur Michalor. §. 12.

Casus quo patri cedit pec. castrense. Mortuo filio quid obtineat quoad successionem? §. 13.

Pecul. quasi castrense habet affinitatem cum castrensi. Descriptio. Referuntur ad pec. qu. castrense. I. occasione muneris acquisita §. 14.

Salaria an ex publico esse debeant? Advocati hodie pec. qu. castr. habent. licet publica salaria non percipiant. Objectio resp. §. 15.

Procuratores an habeant pec. qu. castr. imperator non habet peculium. §. 16.

II. Donata a patre vel alio intuitu dignitatis, etiam libri, licet studioso donati. III. Artibus liberalibus quaesita. §. 17.

IV. Donata a principe. Exceptio. V. Haereditates et quae ex pec. qu. castr. empta. §. 18.

De hoc peculio libere disponit filiusf. et valide se obligat. Agere et conveniri potest. §. 19.

An de libris disponere possit filius? Quoad studiosum distinguitur. Pater ad debita honeste contracta exsolvenda tenetur. §. 20.

Beneficium comp. an competat intuitu hujus pec. §. 21.

§. 1. Prolixius praeter intentionem nostram in cap. praec. de obligatione filiif. actum, atque ostensum, illum ex omnibus causis valide obligari; jam ut in specie de illa constare possit, non praecise opus, ut singulas obligationum causas sive omnes tam veros quam quasi contractus etc. exponamus, quod taediosum esset, sed sufficiet, diversitatem bonorum a filiof. possessorum habere cognitam. ut non de obligatione in specie tantum, verum etiam de effectu obligationis judicari possit: licet enim ad vinculum obligationis bona nihil fere conferant, ad effectum tamen sive commodum ac emolumentum actionis, quae ex obligatione nata, instituendae, omnino faciunt: imo sunt certae obligationum species, quae respectum aliquem etiam ad bona habent: exemplum est in mutuo, ex quo filiusf non obligatur, nisi bona habeat castrensia vel quasi (adde et adventitia irregularia, ut infra dicetur) in quibus sc. macedonianum (de quo hic non agam, cum satis de eo dd. egerint) cessat. *l.* 1. §. *f.* junct. *l.* 2. *ff. de sc. maced. l. f.* §. 1. *c. eod.* Trentacinq. *variar. resol. l.* 3. *tit. de solut. res.* 19. *n.* 9. Christinaeus *vol.* 3. *dec.* 35. *n.* 1. *in f.* Igitur de diversitate bonorum, sive de peculiis filiorumf. et de obligatione intuitu eorum agendum erit. Ita vero praemissis generalioribus, procedam; ut illorum bonorum sive peculiorum (1.) naturam, (2.) quae ad illa referantur, (3.) quid filius, quid pater in iis possit, exponam.

§. 2. An peculi etymologia a pecoribus, in quibus veteres suas collocabant divitias, an aliunde deducenda sit, scire parum refert: in *l.* 5. §. 3. *ff. de pecul.* peculium dici-

tur quasi pusilla pecunia; ubi tamen pecuniae vocabulum in latiori sine dubio significatione accipitur, prout illud Hermogenianus in *l.* 222. *ff. de v. s.* accipit: exemplum est in *l.* 1. §. *f. ff. de calumn.* Ipsam quoque peculii vocem variis modis sumi, et varia in jure nostro denotare, docent *l.* 5. §. 3. *et* 4. *ff. de pecul. l.* 16. *pr. ff. ad sc. trebell. l.* 9. §. 3. *ff. de jur. dot. l.* 79. §. 1. *ff. de leg.* 3. plures habet Lauterbarch. *in coll. theor. pract. tit. de pecul.* §. 1. Conf. Hurtado *resol. moral. p.* 2. *tract.* 8. *c.* 8. *n.* 793. Ego illam acceptationem hujus loci esse affirmo, qua is, qui sub potestate alterius est, certam substantiam a rationibus vel bonis ejus, in cujus est potestate, sive pleno sive minus pleno jure separatam habet: excludimus enim patresf. seu qui sui juris sunt, qui proprie peculia non habent. *l.* 182. *ff. de v. s.* unde et filio sui juris facto nequidem peculii nomen permanere dicitur in *l. f. in f. c. de inoff. testam.* Add. dn. Praeses *in not.* ad Brunn. *j. e. l.* 2. *c.* 10. §. 1. verb. *peculium clericorum. p. m.* 482. Lauterb. *diss. de usufr. patern. th.* 14. *n.* 2.

§. 3. Dividitur vero peculium (loquor de peculio filiif. servorum enim unum tantum est et simplex) in *militare et paganum*, quae divisio vel ab acquirendi causa, vel a subjecto sive a persona acquirente, quae vel miles est, vel non miles, desumpta, ut ita duplex sit filiorumf. peculium. *Militare*, quoniam ipsa quoque militia duplex est, *sagata et togata*, subdividitur in *castrense et quasi castrense. Paganum in adventitium et profectitium*: ut adeo in effectu non dissentiam ab illis, qui bona filiorumf. pro diversitate peculiorum in quatuor genera dividunt, dn. Praes. *de succ. ab intest. diss.* 11. *c.* 3. §. 1. Add. Aug. Barbos. *ad rubr. tit. x. de pecul. cleric. n.* 5. illi enim omissa divisione summa et generali, mox subdivisionem nobis sistunt. Addendum tamen, quod nec adventitium unius generis sit, sed a dd. vel *ordinarium* seu regulare, it. minus plenum, vel *extraordinarium* seu irregulare et plenum esse dicatur. Vid. Franzk. *in comment. dig. tit. de pecul. n.* 5. Lauterb *in c. t. p. d. l.* §. 18. de singulis seorsim.

§. 4. *Castrense peculium* (inde dictum, quod ab iis acquisitum, qui castra sequuntur). *est quod filiof. vel in ipsa militia*, intellige vera seu armata, *vel occasione illius, et ut instructior ad illam redderetur, obvenit.* ex qua descriptione hanc formo regulam generalem: quicquid filiusf. in militia, vel occasione et intuitu illius acquisivit, quod, si non militasset, acquisiturus non fuisset, illud omne spectat ad peculium castrense: *nam quod erat et sine militia acquisiturus, id peculium ejus castrense non est. l.* 11. *ff. de castr. pec.* Ut ergo bona dici possint castrensia, non sufficit, a milite illa esse acquisita, sed ut in militia, vel occasione illius quis ea acquisiverit, praecise requiritur.

§. 5. Ad hoc itaque peculium pertinent l. omnia ea, quae filiof. in militiam eunti, ut instructior ad eam redderetur, donata sunt a quocumque, sive a patre, sive a matre, cognatis aliisque *amicis*: quamvis enim all. *l.* 11. parentum et *cognatorum* tantum mentionem faciat, *amicos* tamen alios etiam subintelligendos esse, expressis verbis docet. *l.* 1. *c. eod.* quod propitio quoque jure fieri potest, ut sc. cognatorum nomine quandoque et amici veniant, cum inter omnes homines natura cognationem quamdam constituerit, *l.* 3. *ff. de j. et j.* ubi Jctus hoc addit, *consequens est, hominem homini insidiari nefas esse*; quod dictum utinam praxis christianorum comprobaret. Mobilia tamen illa bona, quae in militiam eunti donantur, esse debent: *d. l.* 1. *c. de castr. pec.* neque enim ut instructior ad militiam quis accedat, immobilia faciunt; licet in ipsa militia immobilia quoque acquiri possint, hoc effectu, ut bonis castrensibus annumerentur, eorumque jure gaudeant. II. Res illae, quas filius non tantum concedente patre secum in castra tulit, *l.* 4. *pr. ff. d. t.* verum etiam quas ex pecunia ad res militares vel castrenses comparandas ab aliis sibi relicta, quaesivit sive emit; ipse enim pecunia, quae militi in militiam eunti praecise hunc in finem data, ut res castrenses compararet, castrensis non est. *l.* 3. *ff. eod.*

§. 6. Huc III. spectant, quae in militia filiusf. acquisivit, quorsum pertinent stipendia promerita, spolia etc. Vid. Francisc. Gallus *de fructibus disp.* 33. *a.* 2. *n.* 2. Cum vero in militia praeter stipendia, et praedam ab hostibus captam, aliae quoque res acquiri possint, quaestio est, an haereditates etiam, quae militi obvenerunt, huc referendae sint? Ad quam quaestionem distincte ita respondendum. *Aut* quaeritur de haereditate commilitonis extranei, quem filiusf. per militiam cognovit, et res caret omni difficultate, decisio namque in *l.* 5. *ff. de pec. castr.* clara est, quod filiusf. *citra jussum patris suo arbitrio* se pro haerede hic gerere possit: unde satis apparet, quod haereditas illa ad peculium castrense pertineat, *l.* 1. *c. eod.* verb. *in quibus sunt etiam haereditates eorum, qui non alias noti esse potuerunt, nisi per militiae occasionem. Aut* vero sermo est de haereditate commilitonis agnati; et nova opus est distinctione, quam tamen ipse Jctus suppeditat in *l.* 19 *pr. ff. d. t.* vel enim testamentum factum ante commilitium, vel postea; non priori, vid. *l.* 8. *d. t.* sed posteriori casu illa haereditas jure castrensis peculii fruitur; occasione militiae enim videtur charitas horum commilitonum aucta, et causa impulsiva fuisse testamenti in alterius favorem facti: idem dicendum est de haereditate fratris, qui simul commilito fuit, ob eamdem rationem, quam etiam adducit imperator Gordianus in *l.* 4. *c. de castr. pec. mil.* his verbis rescribens: *etenim peregrinationis laborem sociatum commilitii ejus, et obeundorum munerum consortium, affectioni fraternae nonnihil addidisse, quinimo vice mutua chariores invicem sibi eos reddidisse, credendum est.* Nam et fratrum concordia rara, et exceptionis, non regulae instar adduci possunt, qui per viginti et plures annos cohabitarunt. Sane si frater a fratre promotus fuerit, et ille, ut gratum suum declararet animum, hunc instituerit haeredem, quin haec haereditas castrensi annumerari debeat peculio, dubium nullum est. Matris haereditas simpliciter ad castrensia non refertur, licet nominatim expresserit, ut filius in castrensi peculio illam habeat, *l.* 8. *ff. eod.* quamvis haec clausula id operetur, ut pater praetendere nequeat usumfructum haereditatis illius si legitimam excipias, cujus usumfructum patri adimere nequit. *nov.* 117. *c.* 1. *pr.* Cardinal. de Lugo. *de j. et j. disp.* 5. *sect.* 2. *n.* 33. Perez. *ad tit. c. de bon. quae lib. n.* 5. Christinaeus *vol.* 4. *dec.* 75. *n.* 1. Imo putarem, si mater expresse his usa sit verbis, se ideo reliquam substantiam filio relinquere, quia castra secutus, et in illis, ut strenuum militem decet, se gessit; quod hoc in casu omne, quod ultra legitimam est, peculio castrensi cadat, maxime si ex circumstantiis

apparent, matrem filio, si miles non fuisset, nonnisi legitimam relicturam fuisse.

§. 7. Ad hoc peculium IV. spectant res illae, quae pecunia castrensi emptae, sive mobiles sint, sive immobiles, *l.* 1. *in f. c. de castr. pec.* Lauterbach *ad tit. de pecul.* §. 8. *in f.* Equidem alias in singularibus res non succedit in locum pretii; miles tamen illo gaudet privilegio, ut quod ipse pecunia castrensi comparavit, illud pariter jure castrensium bonorum consequatur. Conf. Franzk. *ad dig. tit. de a. e. v. n.* 362. Brunnem. *in comment. ad tit. c. de castr. pec. n.* 18. quamvis hoc etiam ad alia peculia extendi possit, sicut eodem privilegio etiam gaudent pupilli et ecclesiae. Praedium a principe donatum quorsum referendum sit, quaeritur: et nullus dubito, quin ad castrense peculium referri possit, modo constet, Marte bene meritis a principe collatum esse, ejusque naturae sit, ut in castrensi peculio esse possit. Cardin. Tuschus *conclus.* 113. *lit. c.* nec obstat, quod in saepius all. *l.* 1. *c. de castr. pec.* dicatur; praedium donatum in e. p. non esse: de eo enim casu lex intelligenda, quando in militiam eunti praedium aliquod donatur; cum enim hoc ad instruendam militiam non faciat, neque ad castr. pec. refertur; (forte alia adhuc fuit legis ratio) postea vero cum omnia quae in militia vel occasione ejus acquiruntur, pec. castr, cedant, et praedia eodem jure gaudebunt; quam responsionem inculcat *l.* 4. *c. famil. hercisc.* his verbis: *praedia autem licet eunti tibi in castra pater donaverit, peculii tamen castrensis non sunt. Diverso jure ea praedia habentur, quae ex occasione militiae filiif. obveniunt, haec enim castrensi peculio cedunt.*

§. 8. De feudo, quorsum illud referendum sit, dd. inter se non conveniunt. Ad castrense peculium illud refert Vultej. *de feud. c.* 4. *n.* 8. add. Struvius *in s. j. f. cap.* 5. *aph.* 15. *in f.* ad adventitium vero irregulare Lauterb. *diss. de usufr. patern. th.* 25. *et de pec. adv. irreg. th.* 17. Sane si essentiam peculii castrensis species, et casum supponas, quo ob servitia militaria feudum concessum, ad castrense peculium referri posset; si vero effectus bonorum castrensium respicias, (uti fieri debet, ex effectu enim judicatur de causa, et dd. non alia de causa in differentias peculiorum inquirunt, quam ut appareat, quid filio in quovis peculio liceat) tunc ad neutrum referri potest: non ad adventitium irregulare, quia hac ratione inter vivos, non ad castrense, quia sic mortis causa seu per ultimam voluntatem libere de eo disponere posset filius vassallus, quod natura feudi non patitur, nisi improprium sit, (qualia in Lusatia dantur. Vid. dn. Praes. *in e. j. f. c.* 4. *qu.* 53.) de quo nobis sermo non est. Et haec fortassis ratio est, quare dn. Pr. ad hanc quaestionem positive non respondeat *in not. ad* Lauterb. *tit. de pecul.* verb. *feudum.* sed dicat, *forte retius ad peculium castrense refertur.* Nec interest, utrum ad aliquam peculii speciem referatur nec ne, fructus namque feudi nihilominus ex alia ratione filio manent, quia nempe servitia pro illis praestare tenetur, nec pater ulla ratione illos praetendere valet, cum filii personam dominus elegerit. Vid. Blasius Michalorius *de fratribus p.* 1. *c.* 3. *n.* 32. In regno tamen neapolitano hoc singulare est, quod pater, si velit, legitimus administrator feudi sit, et fructuum habeat commoditatem; licet non ipsum usumfructum. Fab. Capyc. Galeota *resp. fisc.* 12. *n.* 226. *seqq.*

§. 9. Est vero peculium castrense in totum a bonis paternis separatum; nam et proprietas et ususfructus et libera illius administratio filio competit: *pr.* ibi: *proprium ejus esse. j. quib. non est perm. test. fac. l.* 16. §. *f.* ibi: *ubi nec patri ususfructus acquiritur. c. de usufr. et habit. arg. l.* 15. §. 1. *sequ. ff. de castr. pec.* unde intuitu hujus peculii filiusf. omnes actus obligatorios cum quocumque celebrare valet, etiam absque consensu eorum, quibus subest, *l.* 2. *c. de castr. pec.* del Bene *tract. moral.* 3. *dubit.* 48. *sect.* 7. *n.* 20. 21. metuendum enim non est, ut filius, qui diligens fuit in acquirendo peculium castrense, illud vanis hominum illecebris, aut falsis persuasionibus perdat atque dilapidet. Cancerius *variar. resol. p.* 2. *c.* 1. *n.* 176. Franzk. *ad dig. tit. de sc. maced. n.* 12. qui in veteri disciplina militari praesumptionem hanc fundare videtur, quod sc. miles non sit male collocaturus res castrenses. vid. tamen d. Pr. *in us. mod. tit. sc. maced.* §. 8. quodsi tamen, quamdiu minorennis est, laesus fuerit, beneficium restitutionis in integrum ei denegandum non erit. del Bene *d. l. n.* 21.

§. 10. Transferre etiam res castrenses filiusf. potest in alios pro lubitu, sive titulo oneroso sive lucrativo id fiat; actiones quoque ratione peculii castrensis competentes et venditionis et donationis titulo cedere. Olea *de cess. jur. et act. tit.* 2. *qu.* 6. *n.* 16. Et ut paucis multa complectar, potest filiusf. intuitu pec. cast. ea omnia, quae paterf. in rebus, quorum non plenum dominium tantum, sed et liberam habet administrationem; nam pro patref. in hoc peculio filius habetur *l.* 1. *in f.* junct. *l.* 2. *ff. de sc. maced.* vel ut accuratius cum imperatore loquar, non absimilis videtur homini, qui sui juris est. vid. *l. f. in f. c. ad sc. maced.* Unde in confesso esse dicit dn. Praes. *in u. m. l. c.* filiusf. intuitu peculii castrensis mutuum accipere posse. Quaeri tamen hac occasione posset, si filiusf. peculium castr. habens, mutuam acceperit pecuniam, non facta peculii mentione, an et hoc casu cesset sc. macedonianum? Distinctione hic opus esse puto: *aut* enim scivit creditor de peculio castrens. et omnino cessat scium, praesumitur namque in hanc causam mutuum dedisse: *aut* vero ignoravit, et postea demum rescivit, quod habeat filius castr. pec. et locus erit sc. maced. poteritque haec exceptio creditori pecuniam repetenti opponi: revera enim ipse indolo fuit, quando filiof. mutuam dedit pecuniam; scivit enim, eum esse filiumf. peculium castr. vero, in quo paterf. fingitur, illum habere ignoravit; ex intentione autem agentis, de facto praeprimis illicito, judicandum: et licet de dolo replicare posset creditor, nempe filiumf. dolose etiam peculium castrense reticuisse, nihilominus tamen jure civili compensato dolo melior adhuc erit conditio filiif. imo si filius favore quodam dignus non videretur, quod male impenderit pecuniam, fisco tamen potius solvenda esset pecunia illa ex castr. pec. quam creditori. Plane si tempore mutui accepti peculium castr. filiusf. nondum habuerit, sed postea demum acquisierit, evidens est, creditori ex hoc satisfaciendum non esse, initium namque contractus spectandum est. *l.* 12. *in fin. ff. de sc. maced.* Quod jus prutenicum concernit, videtur dicendum, suf-

ficere, si filiusf. tempore mutui accepti habeat bona castrensia; *pr. Land-R. lib.* 1. *tit.* 25. *art.* 14. §. 6. *n.* 8. nisi hunc quoque textum eo, quo dictum est, modo explicare velis.

§. 11. Quamvis autem si filiusf. in causam peculii castr. mutuum acceperit, cesset sc. macedonianum, aliud tamen *beneficium*, si ex mutuo vel alio contractu conveniatur, ipsi intuitu hujus peculii competit, quod dicitur *competentiae*; conventus enim non solidum, sed in quantum facere potest, solvere tenetur, nec ad peram et saccum excutiendus, sed necessaria vitae subsidia ipsi relinquenda. *l.* 6. *pr. l.* 18. *ff. de re judic. l.* 7. *ff. de castr. pec.* conf. *l.* 173. *pr. ff. de r j.* prospiciendum namque illis fuit, qui vitam suam tantis periculis ex amore erga patriam exponunt.

§. 12. Non vero inter vivos tantum, sed etiam mortis causa de hoc peculio filiusf. disponit. *l.* 2. ibi: *si autem testamento facto. ff. de castr. pec. l.* 7. §. *f. ff. de donat. pr. Land-R. l.* 5. *t.* 1. *a.* 1. §. 5. *in f. et t.* 9. *a.* 1. §. 5. qua de re alibi forte dicendi locus erit. Hic saltim de jure patris, si quod habet, ratione hujus peculii quaedam addenda. Sane quamdiu filius vivit, nihil juris pater in hoc peculio habet. l. 3. ibi: *nec in eo ullum jus patris est. c. de castr. pec. l.* 10. *ff. eod.* nam quod traditur a Blas Michalor. *d. tr. p.* 1. *c.* 2. *n.* 18. hoc mihi videtur omni destitui fundamento; putat enim non omnes fructus ex peculio castr. provenientes castrensium jure censeri, sed illos tantum, qui immediate ex eo proveniunt quos vero opera et industria humana producit, eos pro dimidia parte peculio adventitio cedere; quod si verum esset, idem juris pater in his fructibus haberet, quod in peculio adventitio ipsi competere infra dicemus, et hoc nego. Cum enim res pecunia castrensi empta fiat castrensis per supra dicta, quidni potius fructus, quos ipsum peculium producit, accedente licet opera filii, quae ipsi prodesse magis quam nocere debet, jure castrensium censeri deberent.

§. 13. Est tamen unicus, sed flebilis casus, ubi totum peculium castrense patri cedit; videlicet si ob delictum filiif. bona ipsius confiscentur, quo casu bona castrensia non confiscantur, sed patri relinquuntur, *l.* 3. *c. de bon. proscript* idque in solatium p. p. et illius praerogativam. Prosper. Farinac. *qu.* 24. *n* 13. *in f.* licet alii dissentiant, quos citat *n.* 12. Conf. Brunnem. *in comment. ad l.* 1. *et* 3 *d. t. n.* 7. Quodsi ob crimen laesae maj. bona filii occupet fiscus, pater hoc peculium praecipuum non habebit. Michal. *d. l. c.* 1. *n.* 9. *et c.* 3. *n.* 16. *in f.* Farinac. *d. l. n.* 14. Filio naturaliter mortuo, distinguendum, an decesserit testatus, an intestatus; *priori* casu pater ea acquirit pleno jure, quae ipsi in testamento relicta: *posteriori*, cum defuncti matre, fratribus, fratrumque praedefunctorum liberis primi gradus aequaliter succedit, *pr. j. quib. non est perm. fac. test.* qui textus explicandus ex *nov.* 118. *c.* 2. quod tamen intelligendum, si filiusf. miles nullos liberos reliquerit, his enim existentibus, ascendentes et ex latere venientes ad successionem non vocantur; abolita namque sunt jura, quibus patri jure p. p. bona filiorum assignabantur. vid. *l.* 2. *l.* 14. *pr. ff. l. p. c. de castr. pec.* Conf. dn. Praes. *de s. a. j. diss.* 2. *c.* 1. §. 7. 8. Lauterbach. *ad tit. de pecul.* §. 11.

§. 14. Maximam cum hoc peculio affinitatem habere peculium *quasi castrense* in confesso apud omnes positum est, qui plerumque affinitatem illam ex similitudine, quam habet militia togata cum sagata, deducunt: castra namque Martis et Apollinis admodum sibi sunt vicina, licet dubium adhuc, nec omnibus notum sit, utrum Apollo, an vero Mars alae dextrae in republ. cum imperio praesit, *wer den rechten Flügel im gemeinen Wesen commandire*. Est itaque peculium quasi castrense illorum proprium, qui sacramentum Apollini dixerunt, ejusque castra sequuntur. Describi solet, quod sit *substantia rerum a filiof. occasione muneris alicujus publici, et ex literarum studiis honeste acquisitarum*. Ex qua descriptione facile inferri potest, quaenam ad hoc peculium sint referenda. Referri videlicet huc debent 1. quae filius occasione muneris alicujus publici honeste quaesivit. *l.* 4. *c. de adv. div. judicior.* junct. *l. f. pr. in f. c. de inoff. testam.* add. *l.* 7. *c. de assess. l. un. c. de castrens. omn. palat. pet. l.* 12. quaeque alias acquisiturus non fuisset, si officium illud publicum non habuisset, *arg. l.* 11. *ff. de castr. pet.* Non ergo salaria tantum quae ministris aliisque personis in publico officio constitutis ex publico solvuntur, huc spectant; verum etiam ea, quae hisce personis a privatis intuitu officii, quod gerunt, offeruntur, ad hanc classem referenda.

§. 15. Sunt qui, ut ex publico sit lucrum, requirant; adeoque publica tantum salaria peculio quasi castrensi annumerent, propter *l. f. pr. in f. c. de inoff. test.* Sed hac ratione advocati peculium quasi castrense hodie non haberent, ob defectum publicorum salariorum, Franc. Gallus *de fructibus disp.* 33. *a.* 2. *n.* 24. nec jure civili omnia, quae ab advocato occasione muneris sui acquisita, jure peculii quasi castrensis frui potuissent. *Illud* rationi et aequitati adversatur, cum advocati hodie adhuc *non minus provideant humano generi, quam si praediis atque vulneribus patriam parentesque salvarent, l. advocati*. 14. *c. de adv. div. judicior.* licet publica salaria non percipiant: quod etiam animadvertunt alii, ut ita dicere necesse habeant, salaria a privatis offerri solita in locum publicorum successisse, Baldum secuti *ad d. l. f. c. de inoff. test. n.* 3. *Hoc* legibus est contrarium; expresse enim in *l.* 4. *c. de adv. div. jud.* dicitur, quod advocati, *quicquid* ex hujusmodi professione *vel ipsius occasione* quaesierint, id velut peculium castrense praecipuum habeant. add. *l.* 8. ibi: *quolibet casu, quolibet acquiritur titulo. c. eod.* Lugo *de j. et j. disp.* 5. *s.* 2. *n.* 16. *in f.* Molin. *de j. et j. tract.* 2. *d.* 231. *n.* 2. ubi requirit, ut officium, cujus occasione quid acquiritur, peculiari modo bonum atque utilitatem publicam concernat. Videtur equidem obstare *all. l. f. pr. c. de inoff. test.* Verum resp. in *h. l.* plane non est quaestio, quaenam bona ad peculium quasi castrense pertineant; sed quaeritur, an omnes, qui quasi castrense peculium habent, in hoc testari possint? dubitatum namque fuit de advocatis, archiatris etc. imperator ergo respondet, quod *omnes* personae, quae tale peculium (nempe quasi castrense) possident, ultima de rebus illis elogia condere possint. §. 1. *d. l.* 1. Quod vero publicorum salariorum mentionem *in fin. pr.* injiciat, fit propterea, quia haec certa sunt, reliqua vero, quae ab ejusmodi personis acquiruntur, incerta. Joh. de Carvalho *d. quarta deduc. p.* 4. *c.* 1. *n.* 236.

§. 16. De procuratoribus rectius dubitari posset, an scilicet horum salaria et munera a privatis offerri solita ad peculium quasi castrense spectent, cum officium illorum non privatum tantum, sed et vilissimum semper fuerit. Michalor. *p.* 1. *c.* 2. *n.* 4. 5. Gallus *d. l. d.* 33. *a.* 2. *n.* 33. Baldus *ad l. fori.* 4. *c. de adv. div. jud. n.* 3. Carvalho *d. l. n.* 236. quod de jure civ. admitto, sed cum moribus quorumdam locorum, v. g. in camera officium procuratoris dignius sit ipsius advocati, de acquisitis a procuratore occasione muneris sui idem dicendum erit, quod modo de acquisitis ab advocato dictum. Conf. Lugo *de j. et j. d. l. n.* 17. *in fin.* quamvis haec non de omni procuratore intellecta velim, sed de judiciali sive ad litem tantum; quemadmodum nec omnis, qui advocatiam gerit, peculium quasi castrense (prout hic accipitur) habere possit: dicitur enim et imperator *advocatus der Paebstl. Heil. und Christl. Kirche.* vid. *cap. Jos. art.* 1. De advocatis episcopatuum, monasteriorum etc. Conf. Myler. ab Ehrenb. *in archolog. ord. imp. cap.* 14. *et* 21.

§. 17. Referuntur ad hoc peculium II. quae pater vel alius sive conjunctus sive extraneus filiof. in dignitate constituto intuitu illius dignitatis donat. Molin. *de j. et j. tract.* 2. *d.* 231. *n.* 2. Libros itaque filiof. doctori, advocato etc. donatos huc refero, Molin. *d. l.* Lauterb. *in coll. th. pr. tit. de pecul.* §. 15. imo etiam libros filiof. studioso donatos huc referendos esse, nullus dubito; modo studia postea absolverit, et vel gradum academicum obtinuerit, vel alia ratione studiis suis publico inservierit, *arg. l.* 14. *pr. ff. fam. hercisc.* Krembergk. *de sumpt. studior. qu.* 4. *num.* 52. Wissenb. *ad dig. vol.* 2. *d.* 12. *n.* 14. add. dn. Praes. *de s. a. j. diss.* 11. *c.* 3. §. 8. 9. Georg. Acac. Eneurkel. *de priv. par. et lib. pr.* 10. *n.* 38. III. quae artibus liberalibus quomodocunque, honeste tamen, quaesita sunt, *l. f. pr. in f. c. de inoff. testam. l.* 7. *c. de asses.* Joh. de Carvalcho *de quarta deduc. p.* 4. *c.* 1. *n.* 236. unde non tantum *honoraria* professoribus, magistris artium et linguarum, verum etiam Ephoris offerri solita huc referenda. Dixi autem *honoraria*, dictae enim personae mercenariam operam non praestant: quod maxime de professoribus juris civilis verum esse, ex *l.* 1. §. 5. *ff. de extraord. cogn.* apparet, est enim civilis sapientia res sanctissima, pretio nummario nec aestimanda nec dehonestanda.

§. 18. Huc spectant IV. donata a principe vel Augusta, vid. *l.* 7. *c. de bon. quae lib.* haec enim ex propter jure vel castrensium, vel quasi castr. censentur. quia non praesumitur princeps donare, nisi arte vel Marte de republ. benemeritis. Brunnemann. *ad d. l.* 7. *n.* 2. *et tit. c. de castr. pec. n.* 19. unde et Michalor. *p.* 1. *c.* 3. *n.* 29. patri usumfructum in his rebus denegat. Eneukel. *priv.* 10. *n.* 8. Molin. *d. l. n.* 3. et hanc donationem ne quidem successor principis revocare aut improbare debet. Conf. Mylerus *in nomolog. ord. imp. c.* 10. *et c.* 13. §. 3. Quodsi propriis princeps donaverit liberis, donata adventitiis accensemus; nisi militia donationis causa fuerit. V. huc referri posse puto haereditates, quae filiofam. occasione militiae togatae obvenerunt. *arg. l.* 1. *c. de castr. pec.* Lauterb. *ad tit. de pecul.* §. 15. *in med.* Item ea, quae ex quasi castrensi peculio empta sunt; iisdem enim privilegiis hoc peculium decoratum, quibus castrense, et beneficia huic concessa sequitur *l. ult.* §. 1. *c. de inoff. testam. l.* 6. *pr. in f. c. de bon. quae lib. l. f. c. qui test. fac. poss.* nisi in specie aliud lex disposuerit.

§. 19. Exinde vero simul fluit, filiumfam. idem juris in hoc peculio habere, quod illi competere diximus in peculio castrensi; plenum namque et hujus peculii dominium habet adeoque tam inter vivos quam mortis causa de eo disponit, *l. f. c. qui test. fac. poss.* et valide intuitu illius se obligat; non valente patre vel unicum actum invalidum reddere, cum nihil plane juris in hoc peculio habeat, *l.* 8. ibi: *nec patribus nec avis paternis earum rerum commodum acquirere. c. de adv. div. judicior. l.* 6. *in f. pr. c. de bon. quae lib.* nec quicquam intuitu ejus acquirat, ne quidem in emancipationis praemium. *d. l.* 6. §. 3. Agere quoque et conveniri uti in castrensibus, ita etiam in his quasi castr. bonis filiusf. modo justae aetatis sit, citra consensum patris potest. vid. *l.* 4. *ff. de judic.* Consentit jus Pruss. *l.* 1. *t.* 19. §. 3. *in f.*

§. 20. Sed quaeritur, cum libri filiof. dati supra ad hoc peculium relati fuerint, an liberam quoque de illis disponendi et valide se obligandi habeat facultatem filiusf.? Et de filiof. doctore, professore, vel in alia dignitate aut officio publico constituto nullum quidem dubium, qui revera et actu secundo in peculio quasi castrensi libros habet, de hoc autem peculio libere contrahit ac disponit. Verum quod filiumf. studiosum concernit, qui antequam vel docentium ordini adscribatur, vel officio adhibeatur, tantum in spe peculium quasi castrense, et in eo libros habere videtur, res non aeque expedita est, an scil. et hic vendere, oppignorare etc. libros possit? fieri hoc tota die plus quam certum, et apparatus librorum, quem judaei ostendunt de eo testatur. Lubet ergo in gratiam aliorum, (mihi namque casus non contigit) hoc modo distinguere. *Aut* tenuitas parentum causa est indigentiae filiorum alias honeste viventium et studiis incumbentium; *aut* luxuria filiorum: priori casu potest filius vendere vel oppignorare supellectilem librorum, ita ut securus sit emptor vel creditor, pater enim, qui semel filium studiis destinavit, ad debita *honeste* a filio studiorum causa, non ad ludendum, donandum etc. contracta exsolvenda tenetur. Conf. jus Prut. *l.* 5. *t.* 14. *a.* 2. §. 3. ibi: *nicht zum spielen, Verschwenden, Schencken, Zehren etc.* posteriori vero casu non potest vel oppignorare vel vendere libros, licet carere illis commode possit; aut si id de facto fecerit, pater improbare contractus illos potest, et a quocumque, non soluto pretio vel debito, libros vindicare; imo quibusdam in locis poena imminet illis, qui male impendunt sumptus studiorum. vid. dn. Praes. *de s. a. j. disp.* 11. *c.* 3. §. 19. ibique *all. dec. noviss. elect. sax.*

§. 21. Illud adhuc quaero, an filiusfam. ex contractu, quem intuitu peculii quasi castrensis celebravit, conventus, ad exemplum veri militis beneficio competentiae gaudeat? quae quaestio affirmanda videtur. *arg. l.* 6. *pr. et l.* 18. *ff. de re jud.* junct. *l. f.* §. 1. *c. de inoff. test. l.* 6. *in fin. pr. c. de bon. quae lib.* negativam tamen aliqui defendunt ex ipsis testibus modo *all.* Dicunt enim, quod qualitas *in d. l.* 6. *pr. et* 18. adjecta, coerceat ac restringat dispositionem, ut ad alium, quam qui *sub armata militia* stipendia meruit, extendi nequeat militem. Gothofr. *in not. ad d. l.* 6. *lit. m.* Add. d. Brunnemann. *in comment. ad l.* 16.

ff. de re jud. n. 2. *et l.* 6. *et* 18. *eod. n.* 2. ubi nihilominus ad sacerdotes ut milites Christi extendi beneficium competentiae, asserit per *c. Odoardus.* 3. *x. de solut.* Si Carpzovium evolveris, invenies, illum ad doctores et nobiles hoc privilegium extendere. *p.* 3. *dec.* 260.

CAPUT III.

De obligatione filiifamilias intuitu peculii adventitii.

SUMMARIA

Adventitium pecul. est vel regulare vel irregulare. §. 1.
Descriptio regularis. §. 2.
Quae in genere ad pec. adv. referantur? §. 3.
An per operas filius sibi acquirere aliquid possit? ibid.
Hodie omnino potest. ibid.
Referuntur ad pec. advent. I. bona mat. et mat. generis. §. 4.
II. Haereditates cognatorum. ibid.
Except. ibid.
III. Extraneorum. §. 5.
Except. ibid.
Quid de donatione patris? ibid.
IV. Lucra sponsalitia. §. 6.
V. Quae in absentia acquisita. ibid.
VI. Thesaurus a filio inventus. §. 7.
De quaesitis partim industria filii, partim ex re patris dubium. §. 8.
Distinguitur. ibid.
An pater occasione dominii directi vel proprietatis acquisitae a filio aliquid acquirat? §. 9.
Affirmatur. ibid.
Probatur. ibid.
Quid in praxi? ibid.
Olim patri adventitia acquirebantur. §. 10.
Jure novo secus. ibid.
Dispositio filiifam. valde restricta. ibid.
Ratio. ibid.
Consensu patris se obligare valet. ibid.
Agit quoque et convenitur consensu patris. ibid.
Testamentum non condit. §. 11.
An mortis causa donare possit? ibid.
Ratio dabit. ibid.
Decid. ibid.
Consensus quare requiratur? ibid.
Non contrahit filius solus de hoc pec. §. 12.
Acquirit tamen omnia, quae alius proprietarius. ibid.
Habet tacitam hypothecam. ibid.
Ratione omnium adventitiorum. ibid.
Idem in praxi obtinet. ibid.
Usumfructum pater habet. §. 13.
Etiam hodie. ibid.
Singularia jur. prut. ibid.
Soluta p. p. quid obtineat? ibid.
Pater habet legitimam administrationem. §. 14.
Singularia. ibid.
(1) *Non conficit inventarium. ibid.*
(2) *Nec rationes reddit. ibid.*
Ampl. (1) (2) *ibid.*
Pater non alienat bona adv. §. 15.
Quidsi alienaverit? ibid
Quid de actionibus in judicio instituendis. §. 16.
Transigere pater de his bon. potest. ibid.
Pec. adv. irregulare. §. 17.
Differt a reliquis. ibid.
Quaenam huc referantur? ibid.
I. Quae dissentiente patre acquisita. ibid.
II. Quae sub conditione relicta, ne patri usufr. acquiratur. ibid.
III. Portio haereditatis fraternae. ibid.
IV. Quod ob divortium parent. acquisitum. ibid.
V. Bona adv. quorum usum fructum pater remisit. §. 20.
VI. Quae pater ex pec. adv. alienavit et filius recuperavit. ibid.
VII. Fructus dotis. ibid.
VIII. Quae pater gravatus est restituere. ibid.
Pecunia lustrica quorsum referenda? §. 21.
Distinguitur, an munus ordinarium, an extraord. sit? ibid.
Illustratur. ibid.
Quodnam munus sit ordin. vel extraordin. §. 22.
Peculium principis Orauiae Frid. I ud. ibid.
Feuda, et a principe donata an huc spectent? §. 23.
Contrahit valide filiusf. de hoc pec. §. 24.
Etiam cum patre. ibid.
Mutuum accipit. §. 25.
Quaenam ratio sc. macedoniani? ibid.
Qualitas patrisf. ad actus inter vivos non requiritur. ibid.
Quid de jure prutenico? ibid.
Pater in hoc peculio nihil juris habet? §. 26.
An legitimam administrationem? ibid.
Mortuo filio pater legitimo jure succedit. §. 27.

§. 1. De militari peculio tam castrensi, quam quasi castrensi hactenus actum, ad paganum seu non militare ordo me vocat; cujus cum duae species sint, ut supra dictum, *adventitium et profectitium*, de illo prius agendum; verum quia illud quoque non unius generis esse, sed vel *regulare* vel *irregulare*, ex iis, quae cap. praeced. §. 3. dicta sunt, constat; circa *regulare* sive quod regularem bonorum adventitiorum naturam retinet, primo occupabimur.

§. 2. Describitur *peculium adventitium regulare*, quod sit *substantia rerum, quae filiof. non ex re patris vel ejus intuitu, sed aliunde, extra militiae tamen causam obvenerunt*: vel ut verbis utar imperatoris: *pec. adv. est, quod filio extrinsecus suis laboribus, vel prospera fortuna accessit, non ex substantia patris*, §. 1. *j. per quas pers. cuique acqu.* add. *l.* 6. *pr. l.* 8. *pr. c. de bon. quae lib.* ut ita hoc peculium non a castrensi et quasi castrensi tantum, verum etiam a profectitio differat peculio, prout hoc ex collatione eorum, quae de illis peculiis dicta, et adhuc dicenda sunt, facile apparebit.

§. 3. Referuntur vero ad hanc peculii speciem in genere omnia ea, quae prospera fortuna, labor et industria, favor amicorum etc. filiof. citra tamen respectum patris et extra militiae causam, adjecerunt; quae

enim patris intuitu filio obveniunt, ad profectitium, quae vero occasione militiae acquiruntur, ad castrense peculium pertinent. Quando autem opera vel industria filii acquisitionis hujus peculii causa dicitur, artes liberales excludendae, per ea, quae cap. praec. dicta. Dubium vero hic aliquis movere posset, quomodo per operas et labores filius sibi aliquid acquirere valeat, cum liberi parentibus operas praestare teneantur, ita, ut ne quidem mercedem eo nomine exigere possint. Carvalcho *de quarta p.* 4. *c.* 1. *n.* 281. *vers. contraria vero et seqq.* Franc. Gallus *de fructibus disp.* 33. *a.* 2. *n.* 29. ac ideo nec concipi casum posse, quo filius per operas sibi acquirat? Respondeo; de jure veteri rom. illud facile concedo, ubi dura admodum et durior quam servorum in quibusdam fuit conditio liberorum, unde vix proprii aliquid habere poterant, sed omnia *fere* acquirebant patri. §. 1. *j. per quas per. cuique acqu.* Verum subsequentibus temporibus, cum impp. melius prospexerint liberis, ita ut ex variis causis partim pleno, partim minus pleno jure sibi acquirere potuerint, prout haec fusius deducit Lauterb. *diss. de usufr. patern. th.* 2. 3. *et* 6. P. quoque P. in pietate magis quam duritie consistere coeperit, vid. l. 5. *ff. de l. Pompej. de parric.* fieri omnino potuit, ut suis laboribus liberi aliquid acquirerent; qua de re hodie quidem nullum dubium; quid enim, si pater permittat filio, separatam instituere negotiationem, nec concedat aliquid ipsi in peculium? remisisse hoc casu filio operas censetur; imo praestitis patri operis ordinariis reliquo tempore. v. g. *bey Feyer-Abenden*, et eo, quo alias ab operis solitis vacare licet, poterit filius operas suas alii locare, et ita sibi aliquid acquirere. Plane, si illos sequi vellemus, qui filium ad operas tantum obsequiales, non industriales patri teneri, asserunt, Bas. Michalor. *p.* 1. *c.* 6. *n.* 7. facilior adhuc esset responsio.

§. 4. In specie autem ad peculium adventitium regulare sive ordinarium referuntur I. bona, quae filius a matre vel ascendentibus maternis, sive ex testamento, sive ab intestato, sive donationis aut alio quolibet titulo habet; *l.* 1. *et* 2. *c. de bon. mat.* (per bona enim materni generis in *all. tit.* intelliguntur illa, quae ab ascendentibus maternis veniunt.) Excipiendum tamen esse certum casum, quo hereditas matris etc. legitima tantum excepta, vel ad adventitium extraordinarium, vel ad castrense filiif. peculium pertinet, ex dictis cap. praec. §. 6. in fin. apparet. II. hereditates eorum, qui ex latere filiof. sunt conjuncti; fratris excepta, in qua pater cum reliquis defuncti fratribus succedens, usumfructum portionum, quas capiunt fratres defuncti, non consequitur, nisi illum jam habuerit. *nov.* 118. *c.* 2. *et auth.* inde desumpta *item hereditas. c. de bon. quae lib.* et hoc ita, sive testatus sive intestatus frater decesserit, quamvis si testamentum in castris vel academia condiderit, et fratrem commilitonem, cum quo firmiorem videtur contraxisse amicitiam, instituerit haeredem, hereditas vel castrensibus bonis vel quasi annumerari debeat.

§. 5. Hereditates extraneorum III. huc pertinent, idque sive filiusf. solus, sive cum patre institutus fuerit haeres, nam et hoc casu pater usumfructum portionis hereditariae ipsius filii acquirit. dn. Praes. *d. s. a. j. diss.* 2. *c.* 1. §. 26. 27. nisi vel expresse vel tacite ususfructus patri ademptus sit, vel extraneus consimiles fuerit. Donationes quoque ab extraneis (adde etiam matre, uxore) factae, ad adventitia bona referuntur, dummodo haec personae magis filio quam patri gratificari voluerit, quod in dubio praesumitur vid. *l. f. c. de usufr. et habit.* Michalor. *p.* 1. *c.* 7. *per tot.* De donatione a patre facta idem dicendum; licet enim illa locum olim habere non potuerit. *arg. l. ult. c. de impub. et al. subst.* nec donationes inter parentes et liberos regulariter valeant, *l. donationes* 25. *c. de donat. int. vir. et ux.* arg. *l.* 31. §. 2. *ff. de donat.* certis tamen casibus omnino procedunt; quos neque ad viginti recenset Michalor. *p.* 1. *c.* 11. *per tot.* ubi in specie *n.* 11. contra Menochium probat, donationem a patre fieri posse ob benemerita filii, quod pariter negat Pinel. *ad l.* 1. *c. de bon. mat. p.* 3. *n.* 64. *illat.* 11. add. dn. Praes. *in us. mod. tit. de pecul.* §. 5. *in f.* Gothofr. *in not. ad l.* 6. §. 2. *ver. fin. autem c. de bon. quae lib. lit. g.*

§. 6. Referenda ad hoc peculium IV. lucra sponsalitia et dona nuptialia, *l.* 1. *l.* 4. *c. de bon. quae lib.* non etiam dos, sive profectitia sit, sive adventitia; quemadmodum enim in feudo fructus pater non acquirit, eo quod servitia praestare pro illis teneatur filius; ita nec dotis fructus praetendere potest, cum onera matrimonii ferat filius; nisi forte in hoc casu pater onera illa in se recipiat; ubi tamen cessante causa cessabit etiam effectus, nec mortuo filio ulterius fructus percipiet pater; non obstante *l. f. c. de usufr.* nam soluto matrimonio dos restituenda. V. Quae absente patre, vel ipse absens filius acquisivit; absentia enim non tollit p. p. *arg. l.* 40. *pr. ibi. liberi, qui in potestate absentis dicuntur. ff. de procurat.* Hodie tamen casum aliquem excipiunt, si scil. filii cum parentum consensu et benedictione ad occidentales oras vadant, ubi liberam disponendi facultatem de iis, quae lucrantur, consequuntur. Hurtado *resol. moral. p.* 2. *res.* 65. *n.* 633. *seqq.*

§. 7. Huc spectat VI. thesaurus a filio in fundo vel proprio, vel patris, vel alieno inventus, *arg.* §. 1. *j. per quas pers. cuique acquir. et l.* 6. *pr. c. de bon. quae lib.* et quidem primo casu totus cedit peculio adventitio, nisi fundus, in quo thesaurus inventus, vel castrensis sit, vel quasi castr. secundo et tertio casu dimidia tantum pars ad adventitia refertur, altera pleno jure vel patri vel extraneo tamquam fundi dominis acquiritur, vid. §. 39. *j. de r. d.* Quodsi ipse pater in fundo filii, cujus ipse (nempe pater) usumfructum habet, thesaurum invenerit, cum thesaurus in fructu non sit *l.* 7. §. 12. *ff. solut. matrim.* patri pleno jure acquiri non poterit, nisi quoad illam partem, quae inventori cedit: *l. un. c. de thesaur.*

§. 8. Quaeri solet, quorsam referenda sint illa, quae filius partim ex re patris, partim suis laboribus et industria acquisivit. Dividenda ea esse inter patrem et filium, si industria filii rei paternae respondeat, plurimi asserunt; quod etiam de lucro ex mercatura quaesito affirmant, prout videre est apud Gallum *de fructibus disp.* 33. *c.* 2. *n.* 27. *et* 32. qui ibidem suam sententiam adhibitis quibusdam distinctionibus exponit. Ego ita distinguendam esse puto: *aut* illo tempore ex re patris aliquid quaesitum, quo pater operas a filio exigere poterat, aut vero alio, ea scilicet *da sonsten die Gesellen entweder zu Bier zu gehen, oder vor sich zu arbeiten pflegen.* Priori casu omne, quod ac-

quisitum est, patri cedit, posteriori vero, si filius aestimationem rei sive materiae patri solvat, lucrum totum adventitio cedit peculio, et ita tota proprietas filio manet salva; quicquid enim filius industria sua (reliquis positis circumstantiis) acquirit, illud adventitium est. Quod mercaturam sive negotiationem attinet, aut cum propria filius negotiatur pecunia, et sibi omnia acquirit; nec enim haec pecunia alia esse potest, quam castrensis aut quasi, aut adventitia irregularis, cujus filius plenus est dominus, et liberam de ea habet dispositionem, et hinc, quicquid ex illa lucratur, sibi lucratur; aut vero cum pecunia patris negotiationem exercet, et patri acquirit, cum peculii nomine haec pecunia a patre ipsi concessa videatur, in quo peculio, quia profectitium est, nihil juris filius habet, nisi quod industriam suam exerceat. Dn. Praes. *de v. a. i. diss.* 11. *c.* 4. §. 19. ibique all. Brunner. *de collation. c.* 4. *n.* 899. *seqq.* Add. Enenkel. *priv.* 4. *c.* 2. *n.* 34. *et* 35.

§. 9. Neque haec quaestio negligenda; quid statuendum, si filius acquirat, v. g. per legatum, dominium directum tantum, vel etiam nudam proprietatem rei alicujus, an illa proprietas vel dominium directum e. g. emphyteuseos, peculio adventitio cedat, et ratione illius pater aliquid acquirat? Affirmant hoc dd. quos citat Lauterbach. *in diss. de usufr. patern. th.* 29. qui ipse etiam hanc tuetur sententiam, eamque auctoritatibus ibid. firmat. Concedunt itaque patri facultatem percipiendi canonem annuum et laudemium, illis nempe casibus, quibus hoc a domino utili solvendum est. Ego, licet negativa ab aliis defendatur, tutius affirmativae subscribi posse sententiae, puto; non tamen ex illa ratione, quam adducit Lauterb. *d. l. n.* 6. quod ad patrem non fructus tantum, verum etiam *omnes obventiones* occasione rerum adventitiarum perceptae spectent: exinde enim sequeretur, thesaurum quoque in fundo adventitio, cujus usumfructum pater (non extraneus) habet, inventum, in totum patri pleno jure acquiri debere, quod tamen ipse negat *d. diss. th.* 28. *n.* 4. add. *th.* 19. *n.* 3. 4. partus quoque ancillarum patri cederent in adventitiis, qui tamen in fructu esse negantur; non tantum quod absurdum sit, hominem in fructu esse, ut vult imp. in §. 37. *j. de r. d. l.* 28. §. 1. *ff. de usur.* add. *l.* 68. *pr. ff. de usufr.* vel quod dignitas hominis repugnet. *arg. l.* 44. *pr. ff. de aedil. edict.* sed etiam quod ancillae non ejus rei causa comparentur, vel habeantur, ut pariant, sed ut serviant. *l.* 27. *pr. ff. de haered. pet.* Verum ita argumentor: quicquid filiusf. citra militiae causam, non ex re vel intuitu patris acquirit, illud omne ad peculium adventitium spectat. Jam dominium directum vel etiam nuda rei proprietas hoc modo a filio acquisita; (casum enim hunc supponimus) unde sponte sua finit, dominium directum vel etiam nudam rei proprietatem peculio adventitio cedere. Si vero hoc, commoda illa, quae *hoc casu* occasione dominii directi percipiuntur, fructuum loco erunt, et ad patrem spectabunt. Nec obstat, quod in adventitiis ad filium non proprietas tantum vel dominium directum, sed et quae occasione proprietatis etc. proprietarius acquirere solet, pertineant: nam resp. hoc procedere in casu, ubi usumfructum vel dominium utile pater habet, non ubi separata haec ab ejus persona sunt, ut in casu praesenti; hic enim, quia alias pater nullum commodum haberet, emolumenta dominii directi v. g. laudemium, canon etc. quae instar fructuum sunt, Hartm. Pistoris *l.* 1. *qu.* 30. *n.* 5. ipsi assignanda erunt. In praxi patri tantum fructus laudemii et canonis, non laudemium ipsum etc. competere puto, pari modo prout ipsi competunt fructus redditiuum ex metallifodinis, quas habet filius, non ipsi redditus, *nicht die Ausbeute selbst, sondern nur die Zinse davon*, ita ut sors filio salva maneat.

§. 10. Jam quid filio, quid patri in specie intuitu peculii adventitii regularis competat, videamus. Olim res adventitiae patri pleno jure si p. p. acquirebantur, non poterat enim proprii aliquid habere, qui in potestate aliena erat; *arg.* §. 3. *j. per quas pers. cuique acquir.* Postea impp. successive quaedam bona exceperunt, uti ex *l.* 1. *l.* 2. *c. de bon. mat. l.* 1. *l.* 4. *et* 5. *c. de bon. quae lib.* apparet; donec tandem Justinianus, cui illud quod vet. jure dispositum erat, inhumanum videbatur, generali constitutione emissa, quae est *l.* 6. *c. de bon. quae liber.* omnia bona adventitia exceperit, ita ut patribus usumfructum, liberis vero proprietatem concederet. Lauterb. *tit. de pecul.* §. 19. Cum vero praeter usumfructum legitimae quoque administratio patri per li. competat, ut postea dicemus, dispositio filiif. admodum restricta non tantum circa bona adventitia in genere, sed etiam in specie ratione proprietatis, quae ipsi competit, ita ut intuitu adventitiorum, quantum ad *dispositionem*, non liceat argumentari a proprietario ad filiumf. ille enim de proprietate sua, dummodo legitimae sit aetatis, et inter vivos, et mortis causa libere disponit, filius vero non item; ob rationem evidentem, quia administrationem non habet, quae in alienationibus atque dispositionibus necessaria est; ut videmus in pupillo: qui et proprietatem et usumfructum rerum suarum habet, quia tamen administratione caret, disponere de illis nequit. Conf. Blas. Michalor. *de fratribus p.* 1. *c.* 3. *n.* 17. *et n.* 64. 65. qui ex Baldo refert, luxorem cum filiof. administrationem bonorum non habente, non saltim lucreri nihil posse, sed etiam teneri actione *furti. n.* 66. 67. Ut itaque actus inter vivos intuitu proprietatis celebrare possit filius, consensu patris, qui legitimus administrator est, opus habet, *l. f. f.* §. 5. *vers. filiis autem c. de bon. quae lib.* nisi pater vel furiosus, vel absens sit, et ejus consensus expectari nequeat: executio tamen ob debita filiif. etiam licite tractata, in adventitia bona, sive praesens, sive absens, sive furiosus pater sit, fieri invito eo nequit, tenderet enim hoc in ejus praejudicium. dn. Praeses *in us. mod. ad tit. de pecul.* §. 6. unde nec renunciare bonis adventitiis sine consensu patris potest. Merlin. *dec. rot. rom. dec.* 776. *n.* 21. Agere quoque et conveniri nonnisi consensu patris filius in hoc peculio valet, *l. f. f. in f. pr. et* §. 1. *c. de bon. quae lib. c. f. de judic. in 6to* ubi causa spiritualis excipitur

§. 11. Testamentum vero filiusf. in hoc peculio ne consentiente quidem patre facere potest, *l.* 6. *pr. l.* 16. *pr. ff. l.* 3. §. 1. *c. qui test. fac. poss.* licet ab intestato haeredes in eo habeat, nec pater uti olim jure p. p. haec bona solus occupare valeat. Card. de Luca *in theatr. ver. et just. tract.* 3. *p.* 2. *disc.* 15. *n.* 4. *et* 11. Michalor. *p.* 1. *c.* 3. *n.* 3. An donare mortis causa de adventitiis bonis consentiente patre possit, quaeri solet. Ratio dubitandi haec est, quod donatio

m. c. species esse videtur ultimae voluntatis quae ab alieno arbitrio pendere non debet unde testamentum nec consensu patris valere, modo ex *l. 6, pr. ff. qui test. fac. poss.* asserui. Verum decisio clara est in *l. 25. in f. ff. de m. c. donat.* posse sci. filiumf. mortis causa donare patre permittente. Videtur itaque m. c. donatio in hoc puncto vel mediam assumere naturam inter contractum et ultimam voluntatem, vel ad naturam contractus magis accedere, ut putat Michal. *p. 1. c. 10. n. 9.* cum ad contractum quoque intuitu hujus peculii a filiof. celebrandum, consensu patris opus sit. Aliter Gothofr. *ad l. pen. c. qui test. fac. poss. lit. b.* An vero consensus patris ad solemnitatem actus ejusque auctoritatem, an vero propter patris praejudicium requiratur de eo vid. Covarruv. *tom. 1. in part. 3. cap. n. 6. 7. p. 8.* et Michalor. *p. 1. c. 10. n. 12. seqq.* Card. de Luca *in theatr. verit. et just. tract. 1. p. 1. disc. 34. n. 10.* ubi posterius affirmat: cum quo consentire videtur. Dn. Praes. ad Lauterb. *tit. de pecul.* verb. *Sine consensu patris. p. m. 438.* add. Berlich. *p. 3. concl. 1. n. 15. et 21.*

§. 12. Patet ergo ex dictis, non posse filiumf. *intuitu horum bonorum* (non propter conditionem personae suae) contractum aliquem celebrare sine consensu patris, de cujus praejudicio hic agitur, ne quidem de proprietate, quia administratione caret; de facto si contraxerit, alteri quidem valide obligatur, sed executio hoc casu fieri nequit, rerum differenda, donec vel moriatur pater, vel ipse filius modo consequatur usumfructum cum administratione, v. g. si patris bona ob delictum, laesae maj. excepto, confiscentur. Vid. tamen Cavalcanum. *de usufr. mulier. relict. n. 235.* item si bonis cesserit, quo casu jure Prut. adventitia excipiuntur. *l. 1. t. 24. a. 15. §. 13.* Caeterum ea omnia acquirit filiusf. quae alias proprietarius percipere solet; valet enim quoad *acquisitionem* ab alio proprietario, qui in potestate usufructuarii non est, ad filiumf. argumentum. Thesaurus itaque in fundo adventitio inventus, metallorum quoque, quae non rennunciantur, redditus, quoad proprietatem ad ipsum spectant, *arg. l. 7. §. 12. 13. ff. sol. matrim.* Cum vero proprietas filio inutilis fieri posset, (nam audiemus, quod pater nullam praestet cautionem) quaeritur, annon aliquo modo securitati filii prospectum sit? et respond. quod tacita ipsi competat hypotheca in omnibus bonis patris, *l. 8. §. f. c. de secund. nupt.* quae si pater alienet, potest desuper implorare filius officium judicis, Michal. *p. 1. c. 3. n. 46. in f.* nec ratione bonorum maternorum lucrorumque nuptialium tantum, ut dd. volunt, Carpz. *p. 2. const. 25. def. 17.* Harpprecht *in scrutin. octodecim. hypoth. jur. §. 14. cc. f.* sed ratione omnium adventitiorum quorum pater usumfructum et administrationem habet; neque enim rationem video, quare deterioris conditionis esse debeat filius intuitu illorum bonorum, quae suis laboribus et prospera fortuna acquisivit, quam respectu eorum, quae somnians quasi acquisivit a matre: juri quoque hoc consentaneum esse puto; cum enim imperator jura eadem, quae in maternis et nuptialibus rebus statuta sunt, observari etiam voluerit in bonis, quae extrinsecus filjisf. acquiruntur, *l. b. §. 1.* ibi: *jura eadem observentur. c. de bon. quae liber.* non praesumendum, eum ratione hypotheca diversum sancire voluisse: unde etiam non restrictive, sed generaliter verba §. 4. *d. l. 6.* accipienda esse, existimat d. Brunn. *ad d. l. n. 15. in f.* quod et verba adjecta, *caeterisque donationibus*, suadent. Add. Faber. *in cod. Subaud. l. 8. t 7. d. 13.* Accedit quod administratoris rerum alienarum bona tacite hypothecata sint. *l. 20. c. de admin. tut.* Neque obstat *l. 12. §. 1. vers. exceptis. c. qui pot. in pign.* quia enim (uti ex inscriptione *l. 12.* apparet) de dote ibi agitur, ad casum oblatum respexit imp. dicendo, se pro dote matris jam dedisse hypothecam contra res paternas. Ad. §. 2. *cit. l. 6. c. de bon. quae lib.* in conflictu respondebo. In praxi quoque hanc sententiam obtinere, testatur dn. Praes. *in not. ad* Lauterb. *tit. de pecul.* verb. *materni generis p. m. 436.* Conf. ipsius *diss. de hypoth. tacit. in feud. germ. cap. 1. §. 11. in f.* add. Mev. *p. 9. dec. 63.* ibi: *quam caeterorum adventitiorum.* Consentit jus Prut. *l. 4. t. 5. a. 7. §. 4.* in genere tacitam hypothecam concedens liberis respectu bonorum, quorum administrationem et usumfructum parentes habent: idem de jure Würtemberg. testatur Lauterb. *ad tit. de pecul. §. 24. in f.*

§. 13. Jura et privilegia patris intuitu hujus peculii ipsi competentia paucis evolvenda. Usumfructum patri in his bonis competere, dictum est, qui *legalis* appellatur ideo, quod a *lege* patri constitutus in compensationem jurium, quae olim ei competierunt: vid. §. 1. *j. per quas pers. cuique acquir. l. 6. pr. c. de bon. quae lib.* Actolinius. *resol. 7. n. 39. 40.* Singulare vero hic est, quod pater cavere non teneatur. *l. f. §. 4. vers. hoc procul dubio c. de bon. quae lib.* Franc. Gallus *disp. 36. a. 3. n. 7.* (ad quod alias usufructuarii tenentur, *l. 1. §. 3. l. 8. ff. usufr. quemadm. cav. l. 13. pr. ff. de usufr.* Vid. Cavalcanus *de usufr. mul. relict. n. 146.*) licet ad secunda vota transierit; *l. 6.* enim §. 1. *c. de sec. nupt.* loquitur de matre. Conf. *l. f. c. de bon. mat.* Gallus *d. l. a. 4. n. 4.* Neque vero de jure civ. tantum ususfructus patri competit, sed hodie quoque ad patrem usumfructum spectare, testis est Gudelinus *de jur. noviss. l. 1. c. 13.* licet neget, hoc esse effectum p. p. consentit jus Pruten. de quo tamen duo singularia notanda; unum, quod extinguatur ususfructus, ubi, ad plenam pubertatem pervenerunt liberi, *wenn die Kinder erwachsen*: alterum, quod competat pro alimentis liberis praestandis, quibus eapropter respondere debet; unum si ususfructus major sit, residuum restituendum tutoribus liberorum, *l. 4. t. 15. a. 4. §. 2. 3.* et 4. quod secus de jure civ. de quo non ob fructus bonorum adventitiorum, sed propter ipsam naturam pater alere tenetur liberos, si inopes sint, *l. f. §. 5. c. de bon quae lib.* alias, si se ipsos exhibere queant, alimenta illis pater non praestat. *l. 5. §. 7. ff. de agnosc. et alend. lib.* Sperellus *dec. 138. n. 65.* Michalor. *p. 1. c. 6. n. 5.* usumfructum tamen indistincte percipit. Carpz. *p. 2. const. 10. d. 7.* alleg. a dn. Praes. *in u. m. tit. de pecul. §. 7. et 11.* Et licet locus ex jure Prut. add. tantum de bonis maternis agat, opinor tamen, illum ad alia quoque bona adventitia extendendum esse, ob identitatem rationis. Soluto p. p. nihilominus ususfructus apud patrem remanet, et quidem totus, si morte filii, pro dimidia vero tantum parte, si alio modo p. p. solvatur, §. 2. *j. per quas pers. cuique acquir. l. 6. §. 3. c. de bon. quae liber.* etiam per dignitatem filii, *arg. l. f.* ibi. *donec vivat. c. ad sc. Tertul. l. 1.*

in pr. c. de bon. mat. et l. f. §. 8. vers. *Filiis.* ibi: *donec parentes vivunt. c. de bon. quae liber.* Pinel. *ad l. 1. c. de bon. matern. p. 1. n. 42.* cum etiam nullibi hic casus exceptus sit, standum omnino generalitati *ll. all.* Et, si filiis hoc modo a p. p. liberatis jura intacta manere debent, per *nov. 81. c. 2.* quare parentibus illa relinqui non deberent? diss. tamen Molina *de j. et j. d. 232. n. 7.* add. *d. 229.* Lugo *de j. et j. d. 5. s. 2. n. 24.* De praxi hodierna vid. dn. Praes. *in n. m. tit. de pecul.* §. 13. inf.

§. 14. Praeter usumfructum illud etiam commodum pater habet, quod filiof. delictum poena confiscationis bonorum digeam committente, bona adventitia ipsi non confiscentur. Cavalcanus *d. l. n. 235. Surdus de alimen. tit. 7. qu. 37. n. 28.* extraneo vero usumfructum habente, proprietas peculii adventitii confiscatur. *ibid. n. 32.* Legitimam quoque bon. advent. pater habet administrationem. *l. 6. §. 2. c. de bon quae lib.* etiam de jure Prut. *l. 2. t. 6. c. 2. §: 5.* quod eandem matri quoque certis sub conditionibus concedit *c. 2. §. 6.* Vid. omnino testamentum D. M. Lutheri, quod exhibet. dn. Praes. *in tract. de caut. testam. in f. app. sub. n. 13.* ibi: *dass ich will, sie möese nicht den Kindern, sondern die Kinder sollen ihr in die haende sehen.* In hac autem legitima administratione iterum singularia quaedam occurrunt; nam primo pater inventarium conficere non tenetur, (quod alias usufructuario facere incumbit, Cavalcanus *de usufr. mul. soliat. n.* 142.) quam sententiam in camera imp. receptam esse, ex Mynsing. et Berlichio asserit Lauterbach. *de usufr. patern. th. 41. n. 5.* dn. Praes. *in n. m. d. l. §. 7.* add. Michalor. *p. 1. c. 3. n. 21.* quamvis descriptionem et privatam quandam bonorum designationem omnino necessariam esse putem, saltem ut sciri possit, quid aliquando praecipuum habere debeat filius; neque enim conferuntur adventitia, sive regularia sint, sive irregularia, sicut nec castrensia vel quasi; qua de re videri possunt dn. Praes. *de s. c. j. diss. 11. c. 3. et 4.* Blas. Michal. *p. 1. c. 12. seqq.* ubi de collationibus agunt. Deinde rationes reddere pater non tenetur de administratione sua *l. 6. §. 2. l. f. §. 4.* vers: *hoc procul dubio c. de bon. quae lib.* Carpz. *p. 2. c. 11. d. 5. n. 1.* ob fiduciam, quam ll. in patre collocant, et propter reverentiam a liberis parentibus debitam, *d. l. f. §. 4.* licet (1) ad secunda transierit vota, *arg. l. f. c. de bon. mat.* Michal. *p. 1. c. 3. n. 19. et p. 3. c. 13. n. 169.* affectio enim paterna remanet, vid. *l. 67. §. 1. ff. de r. n.* et optimum semper pro liberis capere consilium pater praesumitur. *l. 22. §. f. ff. ad l. jul. de adult.* Merlin. *dec. 400. n. 7.* (2) adulterium commiserit, quam ampliationem ex Richtero affert Lauterb. *de usufr. patern. th. 13. n. 5. et 6.* Equidem quod de redditione rationum dictum, aliqui restringunt ad fructus bonorum adventitiorum. Vid. Michalor. *p. 1. c. 3. n. 58.* et quos ibi citat. Verum hanc restrictionem non admittit *l. 6. §. 2. c. de bon quae lib.* immunem a rationibus super *administratione* patrem pronuncians, et penitus impunitam gubernationem rerum earum dicens: jam pater proprie non usumfructum, cujus plenus est dominus, Cavalcanus *d. l. n. 3. 4.* sed proprietatem administrat. Nec obstat. *l. 37. §. 2. ff. de n. g.* de patre enim res filii emancipati administrante loquitur. Et si pater a confectione inventarii immunis, nec ad rationes reddendas obstrictus erit, illud enim fundamentum est rationum reddendarum.

§. 15. Licet autem filius cum patre intuitu horum bonorum procedatur, quasi cum alio administratore, hoc ipso tamen effrenata ei non datur licentia sine justa causa liberis praejudicandi. Cardin. de Luca *in theatr. ver. et just. tr. 1. p. 2. disc. 29. n. 3.* Merlin. *dec. 699. n. 31.* Unde alienare, oppignorare etc. indistincte haec bona non potest. *l. 6. §. 2. c. de bon. quae lib.* (de oppignoratione consensit jus Prut. *l. 4. t. 5. c. 2. §. 1.*) sed urgente demum necessitate, vel ob utilitatem filii, v. g. propter urgens aes alienum, aut si aliunde ali filios nequeat. *l. f. §. 4. et 5. c. d. t.* rationem hanc reddit Mangil. *de evict. qu. 62. n. 20.* Si licitum est in casu necessitatis furari bona, in quibus nullum jus competit, quanto magis licebit ea vendere in quibus jus ususfructus aliquis habet. Conf. Merlin. *dec. 748. n. 4,* Bruno. *add. l. f. §. 4. et 5. n. 18. seqq.* Mangil. *d. l. qu. 135. n. 2. et qu. 72. n. 11. seqq.* Michalor. *p. 1. c. 3. n. 47. seqq.* ubi plures recenset casus. Et quidem hisce casibus pater sine decreto alienat. Mangil. *d. l. qu. 35. n. 22.* Mynsing. *c. 6. obs. 61.* Eneukel. *priv. 4. n. 4. n. 15.* quod si temere pater bona adventitia alienaverit, (quod fecisse non praesumitur,) poterit filius res suas tamquam dominus vindicare. *l. 1. inf. c. de bon. mat.* Covarruv. *var. resol. l. 1. c. 8. n. 6.* De cessione actionum ratione peculii adventitii competentium vid. Alphons. de Olea. *de cess. jur. et act. t. 2. qu. 6. n. 23.* Censum etiam bonis advent. pater non aliter imponere potest, quam ex necessitate vel utilitate. Merlin. *dec. 748. n. 4.*

§. 16. Ad actiones in judicio intuitu hujus peculii instituendas quod attinet, distinguitur; an filius legitimae sit aetatis, an non: *illo* casu pater solus experitur absque cautione de rato, *l. 1. c. de bon. mat. l. f. §. 3. c. de bon. quae lib. Hoc* casu *aut* praesens est filius, qui consentire potest, et ejus consensu opus, si pater agere velit, *d. l. f. §. 2.* add. omnino Arius Pinel. *ad l. 1. c. de bon. mat. p. 2. n. 64. et 66.* quod si consentire filius nolit, pater cum cautione admittitur. Lauterb. ad *tit. de pecul. §. 23. aut* vero absens est filius, et pater non praestita prius cautione experitur. Conf. jus Prut. *l. 1. t. 19. §. 3. pr.* Transigere de bonis adventitiis pater absque decreto judicis potest, quia est legitimus administrator, *arg. l. 10. ff. de transact.* Vid. Joh. Bapt. Caccialupus *de transact. quaest. 7. n. 4.* Pinel. *d. l. p. 3. n. 44. 48.* Merlin. *dec. 767. n. 7.*

§. 17. Cognita natura peculii adventitii regularis, edisserendum jam est de irregulari sive extraordinario, cujus auctor est Justinianus, prout ex variis codicis et novell. textibus apparet. Recedit vero in eo a natura peculii adventitii regularis, quod plenum dominium in irregulari penes filium, adeoque non quoad proprietatem tantum, sed etiam quoad usumfructum et administrationem a bonis et rationibus paternis separatum sit, et pater nihil juris in eo praetendere possit. Majorem ergo hoc peculium habet affinitatem cum castrensi vel quasi castr. pec. si *effectum*, non si *acquisitionis causam* consideres; quoad hanc enim naturam potius adventitiorum bonorum induit.

§. 18. Quaenam ad peculium *adv. irreg.* referenda sint, fuse quidem persequitur Lauterb. *in diss. de pecul. adv. irreg. th. 10. seqq. et de usufr. patern. ti.*

22. *n.* 5. *et th. seqq.* brevibus tamen hic quoque recensenda illa erunt; maxime, cum invenerim, quasdam species ab illo omissas esse, de quibusdam vero dubium adhuc sit, an recte ad hoc peculium referantur. Regulam generalem hanc praemitto: *quorum bonorum usumfructum pater non habet*, modo acquisitionis causa non sit militia vel vera vel quasi, *illa ad pecul. adv. irreg. spectant.* Sed ad specialia. 1. ad hoc peculium referuntur omnia ea, quae dissentiente patre extra militiae causam filius acquisivit, sive sit haereditas, sive fideicommissum, sive legatum, sive aliud quid ex quocumque titulo, lucrativo vel oneroso proveniens. *l. f. pr. c. de bon. quae lib.* iniquum enim non est, ut inde nullum lucrum habeat pater, quod acquiri a filio noluit, sed improbavit, vel coactus tandem, ut acquireretur, consensit; invito namque beneficium non datur. *l.* 69. *ff. de r. j.*

§. 19. Huc 2. referuntur, quae sub hac expressa vel etiam tacita conditione relinquuntur, ne patri ususfructus acquiratur, *nov.* 117. *c.* 1. vid. Molin. *de j. et j. disp.* 230. *n.* 6. Heigius *p.* 2. *qu.* 12. *per tot.* Berlich. *p.* 1. *dec.* 135. *et* 136. quam conditionem tamen legitima liberis necessario relinquenda non admittit. Berlich. *dec.* 137. *seqq.* Brunn. *ad l. f. ff. de haered. pet. n.* 4. Non vero a parentibus tantum, matre scil. avia aliisque ascendentibus adjici potest illa conditio, sed etiam ab aliis extraneis personis; qui enim rem alii plane relinquere potuit, ille multo magis facultatem habuit, hanc conditionem apponendi. Obstat quidem *auth. excipitur. c. de bon. quae liber.* verum huic standum non est, quia cum *nov.* 117. *c.* 1. tamquam originali non convenit. 3. ad hanc classem referenda portio illa, quam filius ex haereditate fratris vel sororis, cui cum patre succedit, accepit, *auth. defuncto. c. ad sc. Tertullian. nov.* 118. *c.* 2. hujus enim portionis usumfructum pater non acquirit, nisi antea illum jam habuerit, quo casu morte filii eumdem non amittit. Lugo *de j. et j. d.* 5. *s.* 2. *n.* 24. Haereditas aliunde quaesita ad adventitia regularia spectat, ut supra §. 5. diximus, *auth. item haereditas. c. de bon. quae lib.* non est authentica. add. Jus Prut. *l.* 5. *t.* 12. *a.* 2. *inf.* 4. Pars substantiae paternae vel maternae, quae filiis ex lege debetur, si parentes sine causis lege definitis matrimonium solvere praesumant. *nov.* 134. *c.* 11. et inde desumpta *auth. idem est. c. de bon. quae lib.* Et quamvis in *d. nov.* haec verba generalia habeantur, *pater rerum filii in potestate positi non habet usumfructum*; haec tamen ad casum, qui ibi praecedit, se referunt.

§. 20. Omnia bona adventitia regularia 5. fieri possunt irregularia, si pater remiserit usumfructum: quod libere facere potest, invitis etiam creditoribus aliisque filiis, modo quod illos attinet, ususfructus a patre nondum acceptatus sit; alias enim renunciatio illa, utpote in fraudem creditorum facta, infirmari posset. Olea *de cess. jur. et act. tit.* 2. *qu.* 3. *n.* 27. remissive de hac materia agens: Add. Merlin. *dec.* 222. *n.* 6. filiis vero salva legitima esse debet. Fieri autem illa renunciatio vel expresse vel tacite potest, v. g. si pater dicat, posse filium bona adventitia pleno jure sine diminutione tenere, vel ad libitum in alios transferre. Conf. Michalor. *p.* 1. *c.* 5. *n.* 6. 7. Casus quoque huc spectant, quibus pater amisit usumfructum, quos recenset Michal. *c.* 3. *n.* 22. *seqq.* Referenda ad hoc peculium 6. illa, quae pater de peculio adventitio citra necessitatem vel utilitatem filii alienavit, et filius iterum recuperavit; in his enim rebus pater de novo usumfructum non acquirit. Mangil. *de eviction. quaest.* 62. *n.* 15. Idem dicendum de bonis, quae propter malam administrationem patri ablata et filio restituta. Gallus *de fruct. disp.* 36. *a.* 4. *n.* 5. ubi latius persequitur illos casus, in quibus patri non competit ususfructus, qui tamen omnes ea propter non statim ad hoc peculium pertinent. 7. Fructus dotis, imo dos ipsa, si venditionis gratia aestimatio ei sit adjecta; exceptio ex supra dictis §. 6. peti potest. 8. Quae pater gravatus est illico filio restituere: servum quoque hac conditione filiof. relictum, ut eumdem statim manumittat, huc referunt, *l. f. in f. c. de bon. quae liber.* Sed cum hic servus in ipso momento manumittendus iterum sit, quomodo hoc ad peculium hoc spectabit? neque asseritur in *d. l. f.* sed saltim hoc dicitur, quod pater usumfructum praetendere nequeat, cum momentarius esse ostendatur.

§. 21. Pecunia lustrica vulgo *das Paten-Geld* an huc referri debeat, non conveniunt inter se dd. dn. Radovius, qui peculiarem de pecunia lustrica scripsit dissert. ad peculium quasi castrense eam referendam esse statuit; eo quod occasione spiritualis militiae contra humani generis hostem acquiratur. Alii peculio profectitio illam accensendam esse putant. vid. Groenew. *de ll. abrog. ad l.* 19. §. 1. *ff. de pecul.* alii adventitio eam adscribunt. Carpz. *p.* 2. *c.* 24. *d.* 18. conf. omnino d. Harppr. *in scrut. octodec. hypoth. spur.* §. 24. *in pr.* ubi quinque sententias recenset et illarum patronos nominat. Nos rejecta illorum opinione, qui ad castrense peculium vel quasi pecuniam lustricam referunt, quoniam externis quibusdam subsidiis non eget militia spiritualis, nec pecunia illam promovet, conf. dn. Praes. *in not. ad* Brunn. *j. c. l.* 2. *c.* 1. *m.* 2. §. 13. verb. *acquirantur baptizandis. p. m.* 314. ita distinguendum esse putamus. Aut *consuetum et ordinarium* a patrino oblatum est munus baptismale, aut *inconsuetum et extraordinarium*; priori casu ad peculium adv. irreg. ex intentione offerentis illud referimus; posteriori vero, si praecesserint benemerita patris, non dubito, quin ad profectitium referri possit; certum enim est, datum esse illud munus intuitu patris et quidem primario. Exemplo rem declarabo: Titius advocatus Sempronium variis modis sibi devinxit; S. ut gratum se exhibeat, donum aliquod T. offert, quod hic acceptare recusat: postea a T. ut infantem ipsius ex sacro levet fonte, rogatur, qua occasione munus baptismale offerri solitum ita auget, ut summam 100. aureorum exaequet. Sane hoc munus, quia extraordinarium, et primario intuitu patris filio datum apparet, ad peculium profectitium spectabit. Conf. dn. Praeses *in not. ad* Lauterb. *tit. de pecul.* verb. *de muneribus patrinorum.* Add. omnino Lauterb. *in coll. th. pr. tit. de pecul.* §. 32. Quodsi haec distinctio rem totam nondum efficere videretur, hoc addi posset, in posteriori quoque casu tantum nihilominus de munere extraordinario cedere debere peculio adventitio irreg. quantum dictis circumstantiis cessantibus praesumptive patrinus oblaturus fuisset, quod ex loci consuetudine dijudicandum. In dubio si non con-

siet, cujus intuitu munus datum, pro filio adhuc pronunciandum esse arbitror, *arg. l. f. in f. c. de usufr. et habit.* id quod origo etiam munerum baptismalium suadere videtur. Conf. dn. Praeses *in not. ad* Brunn. *j. c. d. l.* verb. *munera baptismalia.*

§. 22. Illud adhuc addendum, de munere *solito* seu ordinario et *insolito* seu extraordinario ex conditione parentum et offerentium judicari debere: unde munera baptismalia *Principi nostro Orantae Friderico Ludocico* a Regina M. Britanniae, electore Hannoverano, Batavis et Helvetiis oblata, utut valde eximia et illorum dignitati convenientia sint, non tamen insolita et extraordinaria dici possunt, si avum *Fridericum*, regem, et patrem *Fridericum Wilhelmum*, ex quibus oriundus, spectes; quare ad peculium adv. irreg. principis nostri referenda erunt, de quo ipsi gratulamur, atque ut regna aliquando et provinciae a *Deo Patre* in peculium ei detur, animitus precamur.

§. 23. Feuda quoque et a principe donata ad pec. adv. irreg. refert Lauterb. *in c. t. p. tit. de pecul.* §. 25. *et in diss. de pec. adv. irreg. th.* 17. *et* 14. Verum quod feudum attinet, supra §. 8. cap. 2. mentem nostram jam explicuimus conf. Thom. Sanchez. *cons. moral. l.* 1. *c.* 2. *dub.* 28. *n.* 2. Donata autem a principe ad castrensia vel quasi referri posse §. 7. et 18. cap. praec. diximus; partim ob expressam *l.* 7. *c. de bon. quae lib.* partim ob rationem *d.* §. 18. allatam. Add. dn. Praeses *in not. ad* Lauterb. *tit. de pecul.* verb. *dona principis.* nisi illum forte casum excipiendum esse putes, quo ex speciali aliqua causa, non intuitu militiae, principem donasse, probari posset.

§. 24. Speciebus hujus peculii explicatis, jam dicendum esset, quatenus intuitu illius se obligare possit filiusfamilias. Verum hoc labore supersedere possum, cum idem fere juris in hoc peculio habeat filiusfam. quod in quasi castrensi ipsi competere diximus: testamenti factione solum excepta; per *l. pen. c. qui test. fac. poss. et arg. pr. j. quib. non est perm. fac. testam.* Dn. Praeses *in not. ad* Lauterb. *d. l.* verb. *testatur.* Omnes ergo contractus intuitu hujus peculii celebrare potest filiusf. etiam cum ipso patre, non obstante, *l.* 2. *pr. ff. de c. e. v.* intelligenda etiam haec est de casibus et temporibus illis, quibus quicquid acquirebat filius, patri acquirebat, ut ita non haberet, de quo cum patre contraheret; hic vero agimus de bonis filiif. propriis: quam responsionem ipsa nobis suppeditat *d. l.* 2. cum in illa castrensia bona excipiantur. Equidem Gothofr. *in not. ad d. l. lit. i.* rationem exceptionis ponit in eo, quod in castrensibus filius habeatur pro patref. cum quo consentit Faber. *in rational. ad d. l.* 2. ut ita hic pro una persona cum patre haberi nequeat, prout hoc quidem in illis casibus evenit, ubi filius pro patref. non habetur. Verum cum haec fictio non liberet filium a p. p. posset adhuc cum patre pro una persona haberi etiam in illo casu, quo paterf. esse fingitur; quare tutius priori inhaeremus responsioni, quae prohibitionem ponit in defectu bonorum: maxime, cum qualitas patrisf. in peculio castrensi vel quasi hoc saltem operetur, ut filius testari possit.

§. 25. De mutuo saltim quaeritur, an illud accipere possit filiusf. intuitu hujus peculii? Qui negativam defendunt, hac utuntur ratione, quod in hoc peculii genere filius non habeatur pro patref. filius vero familias mutuum accipere nequit, sct. macedoniano obstante. Trentacinq. *l.* 3. *tit. de solut. res.* 19. *n.* 20. Lauterb. *de pec. adv. irreg. th.* 26. add. Enenkel. *prov.* 12. *c.* 3. *n.* 4. Verum ad mentem et rationem potius scti respiciendum, quam verba illius captanda esse puto. Ratio autem alia non fuit scti, quam ut malitia improborum foeneratorum coerceretur, et securitati parentum utilitatique publicae prospiceretur, vid. *l.* 3. §. 3. ibi: *nam pecuniae datio* perniciosa parentibus *eorum vita est. ff. de sc. maced.* Cessat vero illa ratio in filiof. qui peculium adv. irreg. habet, de quo libere disponit, Blas. Michal. *p.* 1. *c.* 10. *n.* 11. securus namque est pater, secura est resp. non enim hoc casu:

Filius ante diem patrios inquiret in annos.

In dolo non est creditor filio in causam p. c. adv. irreg. dans pecuniam, quam facile et jure permittente aliunde habiturus est, si videlicet quaedam ex peculio adv. irreg. cujus plenus dominus est, vendat. Et omnino in hac sum opinione, si jam tempore facti sc. macedoniani filiusf. bona adventitia irreg. habuisset, haec quoque, uti castrensia, excepta fuisse; qualitas vero patrisf. quam urgent adversarii, ad actus inter vivos rite celebrandos non requiritur, sed sufficit ad hoc, ut quis libere de bonis suis disponere valeat: neque obstat, quod illam pro ratione adducat Jctus, quare castrensia bona excipiantur a sc. macedoniano *in l.* 2. *ff. d. t.* unus enim Jctus hac ratione loco compendiosae probationis in oculos sistim incurrentis, in effectu autem ad liberam dispositionem, quam habet filiusf. de peculio castrensi, respexit; aliam namque adducit imper. *in l. f. in f. c. eod.* Add. dn. Praes. *in us. mod. tit. de sc. maced.* §. 7. D. Boehmer. *introd. in jus dig. d. tit. n.* 3. Brunn. *ad l.* 1. *in* 6. *ff. eod.* Molin. *de j. et j. t act.* 2. *d.* 301. *n.* 6. *vers. secundus.* ubi scitum introductum esse dicit ad impediendum mutuum, *quando filiusf. non habet propria bona, unde illud solvat*, idque propter mala, quae ex talis mutui susceptione sequebantur. Idem obtinere existimo de jure prut. illud enim de castrensibus disponens, quod cesset in illis exceptio sc. macedoniani, non hanc adducit rationem, quod in eo filiusf. habeatur pro patref. sed se fundat in libera dispositione filio in illis bonis competente. *l.* 1. *t.* 25. *a.* 14. §. 6. *n.* 8. ibi: *Denn damit hat er freye Gewalt*: qualis etiam in adventitiis irregg. ipsi competit. *pr. Land. R. l.* 3. *t.* 12. *d.* 2. *in f.*

§. 26. Ad patrem quod attinet, inter hoc peculium et quasi-castrense nullam admitto differentiam, (de effectibus vero loquor) unde in hoc pariter peculio pater nihil juris habebit, Quamvis enim quidam dd. commoditatem fructuum h. e. fructus ex fructibus patri concedant, Berlich. *p.* 1. *dec.* 138. *n.* 1. *seqq.* Cavalcanus *de usufr. mul. relict. n.* 179. illorum tamen sententia in legibus non est fundata, sed contrarium potius evincitur ex *nov.* 117. *c.* 1. *pr.* ibi: *neque quodlibet penitus habeat participium.* vid. dn. Brunn. *ad l.* 17. *ff. de usu et habit. n.* 2. Lauterb. *ad tit. de pecul.* §. 26. Cum itaque nihil juris in hoc peculio habeat pater, nec ipsi competere poterit legitima administratio. Dicunt quidem dd. non procedere argumentum: pater non habet usumfructum, ergo nec administrationem, vel contra: cum plures casus sint, in quibus administratio sine usufructu, et ususfructus

sine administratione retineatur; et in specie asserunt, retinere patrem legitimam administrationem, si non in sui odium, sed in favorem filii usufructu privetur. Crespus de Valdaura *obs.* 106. *n.* 6. *et* 10. add. Fontanella *de pact. nuptial. claus.* 4. *glos.* 7. *p.* 3. *n.* 24. *seqq. usque* 38. Verum ad *legitimam* administrationem omnino ab usufructu argumentum valere, arbitror, ita ut pater non sit legitimus administrator bonorum filii, nisi usumfructum habeat. Cancerius *var. resol. p.* 3. *c.* 21. *n.* 69. hoc enim inter *legitimum* administratorem et alium interest, quod hic satisdare teneatur, rationes reddat, et facilius ut suspectus removeri possit; secus ille: quodsi tamen propter aetatem filius curatore opus habeat, et nullus ipsi a conferente peculium datus, non facile pater praeteriri debet, vid. *nov.* 117. *c.* 1. §. 1. sed bona ipsius hoc casu pariter tacite hypothecata erunt filio. *arg. l. pro officio administrationis.* 20. *c. d. admin. tut.* dn. Praeses *ad j. c.* Brunn. *l.* 2. *c.* 1. *m.* 2. §. 13. verb. *tacita hypotheca. et diss. de hypoth. tac. in feud. germ. c.* 1. §. 11. Carpz. *p.* 2. *c.* 24. *d.* 18.

§. 27. Haec ita, quamdiu filius vivit, eo vero mortuo, in his, uti et adventitiis regularibus pater legitimo jure succedit, (neque enim jure p. p. amplius haec bona occupat) dn. Praes. *de s. a. j. diss.* 2. *c.* 1. §. 9. cum hac saltim differentia, quod in adventitiis regularibus portionis, quam capiunt personae concurrentes, usumfructum retineat, non etiam in irregularibus, cum in his nec antea pater usumfructum habuerit. Dn. Praes. *d. l.* §. 25.

CAPUT IV.

De obligatione filiifamilias intuitu peculii profectitii.

SUMMARIA

Peculium profectitium. §. 1.
Descriptio ejus. ibid.
Unica causa acquisitionis hujus pec. ibid.
Declaratur. ibid.
Referuntur. ad pecul. profect. §. 2.
I. bona ex re patris profecta. ibid.
Limit. ibid.
II. Quae intuitu patris filio data. ibid.
III. Fructus advent. certo modo. ibid.
Intuitu hujus peculii valide obligatur filius. §. 3.
Lucrum an habeat ex hoc peculio? §. 4.
Praejudicare patri non potest. ibid.
Neque directe. ibid.
Neque per indirectum. ibid.
P. sublata quid obtineat? §. 5.
Quando lucretur filius pecul. profect. ibid.
An publicatis bonis filii, pec. profect. publicetur? ibid.
Pater pecul. profect. plenus est dominus. §. 6.
In aliis ea, quae de pec. dicta locum habent. §. 7.
Conclusio.

§. 1. Perspectis illis, quae essentiam atque naturam peculii adventitii constituunt, et quomodo intuitu ejus filiusf. obligetur, restat ut quaedam adjiciamus de *peculio profectitio*, quod a reliquis speciebus recedit, et vix cum aliqua, sive *essentiam*, sive *effectus* consideres, affinitatem quamdam habet; unicum etiam est, quod pristinam naturam retinuit. §. 1. *j. per quas pers. cuique acquir.* Descriptionem ejus desumimus ex *d.* §. 1. quod sit *substantia rerum, quas filius vel ex re patris, vel ejus occasione et intuitu acquisivit, citra tamen militiae causam.* Ex qua colligimus, quod duplex quidem sit fons, ex quo promanant bona profectitia substantia videlicet vel patris, vel extranei; unica tamen acquisitionis causa nempe ipse pater; nam res ab extranea persona filiof. obvenientes, ut ad hanc peculii speciem referri queant, intuitu patris oblata esse debuerunt. Cum vero causa vel principalis seu proxima sit, vel minus principalis seu remota, praecise requiritur, ut pater sit causa movens proxima hujus acquisitionis, prout hoc post Franzk. *l.* 2. *res.* 27. *n.* 10. et Molin. *de j. et j. tr.* 2. *d.* 233. *n.* 4. asserit Lauterb. *diss. de usufr. pat. th.* 17. *n.* 4. alias enim ad adventitia potius referenda erunt, quae filiof. obveniunt: unde si quis filio ob benemerita donare constituerit, ob dignitatem vero patris quantum augeat, ad profectitia bona res donata non spectabit: ulterius si filiusf. in fundo patris, quem in peculio non habet, thesaurum inveniat, dimidia quidem pars patri cedit tamquam fundi domino. §. 39. *j. de r. d.* altera vero filio tamquam inventori quoad proprietatem acquiritur. *arg.* §. 1. *j. per quas pers. cuique acquir. et l.* 6. *pr. c. de bon. quae lib.* fortunae enim favor et liberalitas acquisitionis hujus primaria causa est.

§. 2. Ad peculium itaque *profectitium* I. referuntur bona ex re patris profecta et acquisita, (quae ob virtualem donationem in hujusmodi acquisitionis actu contentam atque inter patrem et filium regulariter prohibitam: peculium profectitium dici, asserit Card. de Luca *in theatr. ver. et just. tr.* 2. *disc.* 145. *n.* 4.) Non tamen omnia a patre profecta huc spectant, sed illa demum, quae hac mente, et cum in finem a patre concessa, ut vicem peculii profectitii subeant, ex hac enim concessione, si deinceps accedat separata filii administratio, obligatio patris intuitu hujus peculii oritur, de qua *in tit. ff. de pecul.* Fructus ergo et reditus, quos pater ex adventitiis filii bonis percipit, fieri possunt profectitii, si illos pater filio in peculium concedat; nam postquam pater fructus percepit, facti sunt res patris, ex quibus proficiscitur peculium illud, de quo hic agimus. II. Quae intuitu patris primario ab extraneo in filium collata sunt, de quo ex circumstantiis judicandum; unde plurata filiof. ab extraneo non simpliciter ad hoc peculium pertinent, sed illa saltem quorum pater causa movens principalis extitit. Quodsi non constet, cujus intuitu donatio facta fuerit, pro filio praesumendum esse jam supra cap. praec. §. 21. in fin. in alio licet, casu diximus, *arg. l. f. in f.* ibi: *contemplatione magis filii quam patris. c. de usufr.* Conf. Michalor. *p.* 1. *c.* 7. *per. tot.* Vid. tamen Molin. *d. l. d.* 233. *n.* 4. *in f.* quemadmodum pro filio etiam praesumptio est, quod scil. propria industria rem acquisierit, si ipse sit artifex et diligens, pater vero pauper et segnis. Lauterb. *ad tit. de pecul.* §. 21. *et d. diss. de usufr. patern. th.* 18. *n.* 2. ubi hoc ipsum auctoritatibus firmat. III. huc refero fructus ex rebus, filio in peculium a patre concessis, provenientes, sive natura-

les sint, sive industriales, sive civiles; modo illos sciente et patiente patre filius administrare incipiat, *arg. l. 4. §. 2. ff. de pecul.*

§. 3. Effectus hujus peculii si consideres, in omnibus *fere* sunt oppositi illis, qui ex peculiis, castrensi quasi castr. et adventitio irregulari resultant, et commoda, quae ibi in filium redundant, hic patri cedunt. Neminem ergo offendat, quod tamen intuitu hujus etiam peculii valide obligetur filiusf. et omnes celebrare valeat contractus: emolumentum namque obligationis non filius, sed pater habet; unde et praetori olim iniquum visum, filium ex hac obligatione condemnari in solidum posse, quamvis ex bonis patris nihil acceperit, atque beneficium competentiae ipsi concessit; et hodie adhuc durum videtur, filium, in quantum facere potest, condemnari debere, ut inde rigorem juris rom. in desuetudinem abiisse credat dn. Praeses *in u. m. tit. quid cum eo, qui in al. pot.* §. 3. *in f.* Deinde etiam, quod in specie respectu hujus peculii, cujus tamen nec usumfructum, nec proprietatem habet, filiusf. obligetur, *partim* a voluntate patris peculium concedentis provenit, (quare nec solus filius, sed ipse quoque pater peculiotenus ex iisdem contractibus obligatur; licet ab hac obligatione cedendo peculium se liberare possit: *partim* ex conditione personae filiif. est, quia ex omnibus causis tamquam paterf. obligatur, per supra probata in cap. 1. unde etiam, cessante licet peculio, obligatus olim manebat.

§. 4. Non facile itaque lucrum et commodum, quamdiu in p. p. est filius, ex hoc peculio sperare potest, (quamvis incommodum de jure civ. ut modo dictum, sentire potuerit,) nisi quod industriam suam administrando illud, exercere queat; quae enim acquirit, statim patri cedunt, tam quoad dominium, quam quoad ipsam possessionem, *l. 1. §. 5. l. 4. ff de a. vel a. p. l. 79. ff. de a. vel o. h. nulla namque invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti. §. 1. j. per quas pers. cuique acquir* et haec acquisitio inducit unitatem personae ob quam filius patri obligari nequit. Praejudicare etiam patri non potest, sed illa tantum facit, quae pater praesumptive vel faceret, vel facere deberet, si ipse bona administraret; rationes enim de administratione sua reddere filius tenetur, Pinel. *ad l. 1. c. de bon. mat. p. 2. n. 39.* Donare ergo non potest, quia non eo animo pater filio concessit peculium: ut perderet, sed ut acquireret, *l. 7. pr. ff. de donat. l. 28. §. 2. ff. de pact.* add. *c. 81. de r. j. in 6to.* nisi vel expresse donandi facultatem ipsi dederit pater, *d. l. 7. §. 1. seqq. ff. de donat.* vel saltim tacite, si scil. justam filius donandi causam habuerit. Quemadmodum vero directe patri praejudicare nequit, ita nec per indirectum praejudicium ei inferre valet, v. g. servitutem fundo profectitio imponendo, aut censum: nisi iterum consenserit pater. De censu vid. Honorat. Leotardi *tract. de usur. quaest. 51. n. 50. 51.* Haec tamen, quae de donationibus dicta sunt, reliquis alienationum speciebus applicanda non sunt, cum concessa libera administratione, concessa etiam videatur alienandi facultas; haec enim patri non praejudicat, cum pretium in locum *quasi* rei alienatae succedat: vid. *l. 18. §. f. ff. de pign. act. l. 41. §. 1. ff. de r. v.* unde in *l. 3. §. 8. ff. de don. int. v. et u.* notanter ita dicitur: *caeterae personae alienationem peculii*, ut donent, *non habent.*

§. 5. Patria potestate per emancipationem sublata, potest quidem pater adimere peculium, quod quocunque etiam alio tempore pro lubito facere potuit, *arg. l. 4. pr. et l. 8. ibi: simul ac voluit. ff. de pecul. l. 7. c. solut. matr.* vid. tamen *l. 21. pr. ff. de pecul.* quod si tamen emancipato illud reliquerit, *ex praesumpta patris donatione* filius hoc pleno jure retinet, cum ex post facto pater donationem perfecisse videatur. *l. 31. §. 2. ff. de donat.* quam expropter ex nuda poenitentia revocare non valet. *l. 17. c. eod.* Alius adhuc casus est, quo filius peculium profectitium lucratur; scil. si bona patris sint publicanda, quo casu profectitia in publicationem non veniunt, sed filius ea, cum certa ratione a bonis paternis jam separata sint, ex legis dispositione retinet. *l. 3. §. 4. in f. ff. de minor.* Coll. Jul. Arg. *tit. de pecul. th. 3. et 9.* excipitur tamen crimen laesae maj. ob quod omnia patris bona, adeoque et ea, quorum administrationem tantum filio concessit, confiscantur, et ipsi quoque liberi perpetuo egentes, pauperes et infames reddantur, *ut perpetua egestate sordentibus sit et mors solatium, et vita supplicium. l. 5. §. 1. c. ad l. jul. maj.* de qua exorbitanti poena ita Cicero in epist. ad Brut. 12. *Nec me fugit, quam sit acerbum, parentum scelera filiorum poenis lui; sed hoc praeclare illius comparatum est, ut caritas liberorum amiciores parentes reip. redderet.* Sed quaeritur e diverso, an publicatis filiif. bonis, peculium profectitium excipiatur? Resp. omnino: ob delictum enim filii confiscari bona in praejudicium patris illa possidentis non possunt: Merlin. *dec. 168. n. 13. 14* licet crimen laesae maj. filius commiserit ob quod reliqua omnia peculia confiscantur: nam fiscus alia bona occupare nequit, quam delinquentis propria, et ab eo possessa: quod ampliat Michaelorius, licet pater peculium filio concesserit cum potestate donandi; cum de confiscatione cogitasse non censeatur. *p. 1. c. 4. n. 4.* Conf. Farinac. *quaest. 24. num. 8.*

§. 6. Pater, uti ex praecedentibus apparet, peculii profectitii plenus est dominus; neque enim proprietatem, neque usumfructum, neque commoditatem fructuum, in filium transtulit, sed nudam administrationem, quae industriam quidem, non divitem reddit filium, imo certo casu pauperem: cum enim filiusf. tamquam persona libera ex omnibus contractibus obligetur, *l. 39. ff. de p. et a.* olim soluta p. p. in solidum conveniri et condemnari poterat, licet nullam ex patris haereditate sensisset utilitatem, quem rigorem hodie cessare, supra diximus, non reliqua, quae de hoc et aliis peculiis dicta sunt; illa enim omnino usum habent, namque p. p. non cessante, neque effectus cessabunt, dn. Praes. *in u. m. tit. de his qui sui vel al. jur. sunt.* §. 3. *et 4.* unde quod ad profectitium hoc peculium attinet, (de reliquis enim nullum dubium) hodie adhuc observamus, quod mercatores filiis certas vel merces vel pecunias concedant, ut in illis negotientur.

§. 7. An in filiabus haec, quae de peculiis dicta sunt, locum habeant, quaeri posset: et de peculio quasi castrensi, adventitio et profectitio nos dubitare non sinunt ll. *l. 7.* ibi: *masculis sive foemina, filii vel filiaefamilias. c. de bon. quae liber. arg. l. 6. §. 2.* ibi: *filiusfamilias vel filia. c. eod. §. 1.* ibi: *liberi vestri utriusque sexus. j. per quas pers. cuique adquir.*

et arg. l. 1. §. 3. et 3. ibi: sed tamen et ob eam. ff. de pecul. quod castrense concernit, cum et ipsae castra hodie sequantur, quidni castrensia habere possent bona, si scil. acquirant in castris, quae alias non acquisivissent: neque enim semper necessarium est, ut servitia militaria praestet, qui castrense cupit habere peculium, sed sufficit, si in militia tale quid ei obveniat, quod extra militiam non obvenisset. *arg. l. 1. c. de castr. pec.* Et sane si illae quoque personae, quae armis non utuntur, in militia variis periculis obnoxiae sunt, quidni eas privilegiis quoque ac favoribus militaribus dignas judicaremus. *arg. l. f. ff. de test. mil. l. un. ff. de b. p. ex test. mil.* v. tamen Lauterb. *tit. de pecul. §. 7. pr.*

Haec sufficient b. l. cujus placidae disquisitioni hanc subjecimus materiam. Deo vero o. m. pro concessis viribus immortales persolvo grates, ejusque directioni futuros labores commendo.

DISPUTATIO VIGESIMA SEPTIMA

DE COLLISIONE NAVIUM,

D. MAJ. ANNO MDCCVIII.

PRO LICENTIA

CHRISTIAN NICOLAUS HOPPIUS, SOLTQUELLENS. MARCHIC.

PRAEFATIO.

Vivimus jam illa tempestate, ubi classicum canitur quotidie, et naves non tantum solitarie congrediuntur, sed et classes integrae semet invadunt, non solum de cruenta, sed et dubia concertantes victoria; dum saepius una cum altera, incenso pulvere pyrio, societate tristi in altum mittitur, inde in particulas rupta, lugubri spectaculo in mare remittitur, non raro cum strage plurium quam mille militum. Alii ferro interimuntur et globis, alii ardere coguntur in fluctibus. Adeo nihil crudelius est congressione navali, ubi et aquis homines pereunt et flammis. Sed nec haec sola maris calamitas est, cui expositi sunt navigantes. Saepius cum solis certandum est fluctibus ventisque, quibus quietem injungere solius divinae majestatis reservatum est. Peritissimis enim hic saepius pereundum est Navarchis, qui per plures etiam annos innumera maris pericula evaserunt, et victorias ab hoste reportarunt amplissimas, qui postea vi tempestatis in scopulos illisi, dolenda perierunt morte. Et utinam paucis abhinc mensibus tristissimum tale exemplum nobis non exhibuisset celebratissimus Britanorrum classis maritimae gubernator *Chovellus*, quippe

Interiit salsis expotis fluctibus Heros.

Hic enim inclutus Thalassiarcha, ab expeditione Toulonensi redux, fere patriam iterum conspexerat, *cum prope insulam scilly in scopulos, l' Eveque et les Clercs* dictos, sub mari latitantes, cum navi sua vadum exploraturus, nebula magna nocti se jungente, incidit, quo facto navis huic saxo tanta cum vehementia illidebatur, ut uno quasi momento cum omnibus tormentis et fere 900. hominibus submergeretur, et ita *Chovellus* tot hostium in marinis praeliis victor vitam suam in fluctibus misere perderet. Ejus tamen manibus meritisque omnes boni gratulantur, quod Deus noluerit corpus relinqui in sepultum, piscibusque absumendum, sed potius dignissima tanto heroe pompa splendidissime tumulandum concesserit. Verum nec aliae desunt calamitates, quibus exposita sunt navigia, dum nec hostium tela, nec ventorum nimiam experiuntur tempestatem, sed nocte tenebrisque concurrentibus, amicorum naves quandoque praeter opinionem colliduntur, et damnum non leve sibi inferunt, de cujus reparatione quam maxime postea laboratur in judiciis maritimis seu collegiis admiralitatum, in quantum alter Navarchorum alteri hoc nomine obligetur, et in quantum eapropter condemnandus sit. Non quidem desunt jure rom. textus quidam, ad quos hoc casu recurri posset. Verum enimvero cum hic potissimum ad ll. maritimas et consuetudines nauticas recurrendum sit, non credidi, me rem inutilem suscepturum, si speciminis academici loco ex consilio *patrui mei ad cineres usque*

devenerandi dn. Joachimi Hoppii. *Jct. celeberrimi, jam prae consulis reipubl. cedanensis meritissimi* exhiberem, quid juris sit in hac *navium collisione*. Dividam autem thema ipsum in 4. capita, quorum I.) de fontibus decidendi hanc controversiam, seu de jure maritimo legibusque nauticis, II.) de diversitate damni per collisionem navium dati, III.) de probatione damni ita illati, et IV.) de reparatione damni aget. Antequam autem hunc laborem suscipiam, Deum ter. opt. max. supplex veneror, ut Spiritus S. gratia huic operae adesse velit, b. l. vero rogo, ut juvenilem laborem in optimam interpretari velit partem.

CAPUT I.

De fontibus decidendi controversias maritimas, sive de jure maritimo.

SUMMARIA

Necessitas legum maritimarum. §. 1.
Earum auctoritas unde sit? §. 2.
De ll. rhodiis. §. 3.
De ll. insulae Oleron. §. 4.
De ll. Wisbyensibus. §. 5.
De jure maritimo hanseatico. §. 6.
De libro consulatus maris. §. 7.
De aliis juribus nauticis in genere. §. 8.

§. 1. Sicuti nulla societas, civitas nulla, nullaque provincia aut regnum absque legibus consistere potest, quae sunt quasi compages et gluten illud, quo vinculum parentium et imperantium conglutinatur, ita et in mari, societatibusque maritimis se res habet. Leges enim maritimae si non essent, ex commerciis spolia, ex nautis piratae fierent. Quamvis autem non ire possim inficias, ab initio loco juris maritimi invaluisse placita quaedam, ex usu ipso navigantium desumpta, pedetentim tamen emergente navium cultura, commerciisque indies augmentum capientibus, fuerunt scripto comprehensa.

§. 2. Quemadmodum autem extra dubium est, omnium legum vim et potestatem, imo et originem quaerendam esse in imperio aliquo, adeo ut si hoc legislator destituatur, nomen legum inane sit futurum, atque in auras abeat, conf. *l. ult. c. de ll.* Quid enim majus, quid sanctius est imperiali majestate? vel quis tantae superbiae fastidio tumidus est, ut regalem sensum condemnat? Et sane frustranea foret ll. executio, si hae ab aliquo, qui imperio et potestate ll. condendi destituitur, ferantur, cum extra territorium (sive ut ad mare referamus, extra mare occupatum) jus dicenti impune non pareatur. Ratio autem rationis haec est, quod nulla lex effectum in extraneos et non subjectos habere possit. Quod si haec ad ll. maritimas applicem, omnino dubia illarum redderetur auctoritas; utut enim de dominio maris magno conatu pugnaverint inter se duo orbis eruditi lumina, Grotius scilicet et Seldenus, quorum ille *mare liberum*, hic *mare clausum*, sive ut a Grotio in suo apologetico hic liber vocatur *thalassocraticum*, asserebat, horumque vestigia postmodum viri juris gentium ac rei literariae peritissimi presserint, et pariter in diversas opiniones secesserint, aliquos enim amor patriae, aliquos abblandiens commerciorum libertas, aliquos adulatio, aliquos tandem indicta publice praemia seduxere, dn. Cornel. van Bynkershoek in *diss. de dominio maris in praef.* Quicquid tamen hujus rei sit, sane fatentur ipsi, qui dominium aliquod maris asserunt, hoc non universale esse, aut omnem oceanum complecti, sed particulare tantum, certam saltim maris partem concernens, quatenus haec, caeteris paribus, inter alios commode defendi potest. Quod si ergo ad solam auctoritatem legislatoriam effectus legum nauticarum restringatur, sane particulares illae manebunt, nec effectum suum extendent ultra assertum maris dominium. Nec majorem his ll. auctoritatem tribuit sententia Jac. Gothofredi *in diss. de imperio maris c.* 8. quando dicit, navigandi peritiae plerumque etiam imperium maris seu Θαλασσοκρατοριαν cohaerere. sola enim haec peritia jus quoddam in mari tribuere, sed alios tantum invitat, ut pari studio navigandi artem exerceant. Quamvis itaque concedam, ll. Rhodiorum nauticas et antiquitate et auctoritate palmam aliis praeripere, non tamen his vel ullum in mari mediterraneo dominium, vel etiam potestas ll. nauticas auctoritative ferendi, attribui potest. *Ipsi* enim Rhodienses placita sua circa rem nauticam imperatoribus obtulerunt, et ut ab illis confirmarentur, petierunt; quod factum partim est a Tiberio imperatore, partim a Trajano, demum etiam ab Antonino in famosa illa *l. 9. ff. ad l. Rhod. de jactu*, de quibus impp. confirmationibus distincte egit Gothofred. *l. c. p.* 46. Ab eo itaque tempore jus rhodiense nauticum auctoritatem legis accepit ab ipsis impp. Cum vero tunc impp. potestas per maximam Europae partem diffusa esset, et eorum ll. ubique locorum vigerent, perspicuum inde redditur, quare in omnibus fere locis maritimis secundum illas pronunciari coeptum sit. Licet successu temporis in diversis Europae regnis plura pro utilitate navigantium eidem addita, quaedam etiam detracta.

§. 3. Sunt itaque ll. Rhodiorum omnium nauticarum antiquissimae, uti jam suo tempore confessus est Constantin. Harmenopol. *in promptuario j. c. l. 2. c.* 11. et ipsum jus canon. ll. rhodias ad navalia commercia pertinere ex usu mercatorum eo concurrentium asserit *in c. Rhodiae* 8. *dist.* 2. Et licet scriptor Gallus Morisottus *in orbe maritimo l. 2. c.* 6. dicat, Rhodios ll. maritimas ex urbe Massilia petiisse, refutatus tamen est ab Abrahamo Westerveen *in praef. belgica libri consulatus maris*. De ipsa autem insula vid. Gel. *l. 7. noct. att. c.* 3. cujus celebritas vel hoc nomine aucta fuit, quod aedem praebuerit. Equitibus hospitalis quondam hierosolymitani s. Johannis, qui eam a. 1308. armata manu Saracenis eripuerunt, unde quoque nomen equitum Rhodiorum obtinuerunt. Haec tamen insula tandem ao. 1523. a Solimanno Turcarum imperatore iterum equitibus erepta fuit, imperator autem Carol. V. iis insulam Melitam sive Maltam concessit, ubi adhuc

sedem suam habent, armaque feliciter, infidelibus opponunt. Vid. dn. Vitriar. *inst. jur. publ. lib.* 1. *tit.* 21. §. 1. et dn. Pfeffinger. *in not. ad h. l. lit. f.* ibi prolixe quoque ritus, qui in recipiendis his equitibus observantur, describit. Procul dubio autem hi equites priscas Rhodiorum ll. nauticas, quibus quondam adsueti fuerunt, adhuc observant. Hujus autem insulae ll. quam maxime ab aequitate commendantur, ab *ε νομις* et *ισοτελεια* a Strabone *l.* 12. *c.* 14. *geograph.* Schottel. *de antiquis in Germ. jurib. c.* 21. §. 4. Et hae sunt illae ll. Rhodiae, quae pro jure gentium in mari mediterraneo vigerunt, Grot. *in florib. ad jus just. de lege rhodia p.* 117. ut hinc ab ipsis Romanis, qui alias toti fere orbi ll. praescribebant, Graecosque pro barbaris habebant, receptae fuerint, *per tot. tit. ff. ad l. rhod. de jactu.* Cujac. *ad rubr. ff. de l. rhod.* Imo ex Servio, Labeone et Sabino palam est, et tempore Augusti titulum civis Rhodii maximo in pretio fuisse, ut ipsi cives Romani, alias civitatis suae jura plerumque peregrinis invidentes, civis Rhodii nomen affectarent. Maxime autem illarum legum auctoritas comprobatur ex *l.* 9. *ff. de l. rhod. de jact.* quae graeca origine est Antonini (sicuti enim Antonini ll. graecae referuntur de aucupio in *l.* 16. *de s. p. r. l.* 3. *ff. de custod. et exhib. reor.* ibi: graece rescripsit, qua lingua sine dubio tunc usus est, quando asiaticis populis, quibus ea lingua familiaris fuit, rescripsit, Bechm. *in comment. ff. ad c. l.*) et l. rhodiam vocat legem maris. Ita enim imperator Eudaemoni respondet: ego quidem dominus mundi (quousque scilicet orbis rom. tunc temporis se exserebat) lex autem maris; ut hinc maximam hujus legis auctoritatem in decidendis controversiis maritimis perspicere licest. Conf. ad h. l. eruditiss. disp. Jac. Gothofredi *de imperio maris et de jure naufragii*, ubi h. l. ex antiquitate, et secundum idioma graecum solide explicatur. Selden. *de dominio maris. l.* 1. *cap.* 25. Sam. Petitus *misc. l.* 3. *c.* 11. Salmas. *lib. de mod. usur. c.* 5. Stypman. *de jure maritimo c.* 6. *n.* 107. *seqq.* Non ita pridem quoque clariss. dn. Cornel. van Bynkershoek *ad h. l.* librum singularem, et *de dominio maris* edidit Hagae Batavorum *a.* 1703. 8*vo*. Videri autem possunt hae ll. Rhodiorum in libris *βασιλικων tom.* 7. *lib.* 53. *p.* 655. *edit. Fabrott.* et ap. Marquard. tr. *de jure mercaturae lib.* 3. *c.* 3. Separatim vero graece et latine Lugduni prodierunt *a.* 1657. Commentati autem sunt doctissime ad hoc jus navale Rhodiorum Vinnius et Peckius. Nec apud antiquos solum tantam auctoritatem habuere hae ll. sed etiam in hodiernum usque diem ea ob communem receptionem et approbationem adhuc firmo nititur fundamento, uti clare patet ex earum receptione in magnae Britanniae regno, ibi enim in summo admiralitatis collegio (in quo omnia negotia, omnesque controversiae nomine magni Archithalassi *des Grose Admirals*, qui hodie est serenissp. princeps Daniae Georgius, maritus gloriosissimae invictissimaeque magnae Britannicae reginae, Annae, non nomine regio componuntur et decidantur), secundum jus civ. ll. Rhodiorum, et Oleronis insulae in causis maritimis procedituv, sicuti hoc refert illustris auctor *des Europaeischen Herolds p.* 2. *de regno Angliae f.* 210. *b.*

§. 4. Alterum, quod antiquitate non minus quam celebritate se commendat, est jus maritimum insulae Oleronensis, quae sita est ad sinum aquitanicum, vulgo *d'Oleron* dicta, et ad provinciam Galliae Guiennam spectat. Vid. Topogr. Gall. *part.* 7. *p.* 31. ibi. *die insul Oleron ist* 3. *Meilen vom festen Land, und* 4. *Meilen von Rochelle gelegen.* Et hae sunt ll. ad quarum normam marium meridionalium accolae, Galli inprimis instar juris gentium negotia sua maritima componebant. Plerasque vero Oleronensium Gallorum ll. maritimas describit Petr. Garsias in libello *le grand routier et pilotage de la mer.*) Vin. ad Peck. *de re nautica ad l.* 2. *ff. de lege rhod. lit. a.* Conf. Petr. Gregor. Tholos. *syntagm. l.* 29. *c.* 10. §. 20. An autem ll. Oleronenses antiquiores sint ll. Wisbyensibus, uti volunt Stephanus Cleiracus *in tr. de usu et consuetudine maris*, dubio nondum vocat; cum testante dn. Reinh. Kürike secretario quondam Gedanensi meritissimo in *comment. ad jus marit. Hans. in praef.* in illis vix quicquam aliud, quam quod in ll. Wisbyensibus continetur, reperiatur, deque auctore earum non satis constet. Uti enim quemque amor patriae et inclinatio trahit, sic et in auctoritate harum ll. stabilienda unusquisque pro patria sua partes agit, dum Galli Gallicae, Angli e contra Anglicae regibus has ll. acceptas ferunt, et sicut Cleiracus Gallicae, ita Selden. *de mari clauso l.* 2. *c.* 24. Anglicae regibus easdem ll. tribuit neuter tamen idoneos auctores nominare potest, ex quibus has ll. Oleronicas hauserint. Vid. dn. Kürike *loc. cit. p.* 79.

§. 5. Accedimus ad aliud aeque celebre jus maritimum, Wisbyense, *Wasbuysche Waater-Recht vel Schiffs-Recht* dictum, de quo extat liber, cujus titulus in lingua saxon. *Watter-Recht, dat de Kooplude und Schippers gemacket hebben thò Wisby*, in quo tamen ll. Rhodiensium vestigia ubique conspicua sunt. Nomen hoc habet ab urbe *Wisbya*, nobilissimo olim totius septemtrionis emporio in insula Gottlandia. Et ab hac civitate profectae sunt hae ll. magnae adhuc auctoritatis in plerisque locis maritimis, licet maxime olim septemtrionalia respexerint loca, dn. Becm. *histor. orb. terr. c. v. n.* 9. Conring. *de juris germ. origine c.* 19. Et hae ll. juxta Grot. *in prolegomen. ad procop. p.* 64. multum habent auctoritatis, aequitatis et prudentiae, ut omnes oceani accolae eo non tantum proprio, sed velut gentium jure utantur, adeo, ut et appellationes in causis maritimis ab omnibus circumjacentibus populis eo fuerint directae. Imo hodie in Belgio et magna Britannia adhuc haec jura in viridi sunt observantia, vid. illustris auctor *des Europ. Herolds loc. supr. cit.* Sic Amstelodamenses a duce Albano ll. suas transmittere jussi, de legibus nauticis Wisbyensibus *ao.* 1370. *d.* 9. *jan. in* §. 20. *consuet. civ. Amstelod.* rescripserunt, eas in rebus nauticis, quatenus usu et consuetudine receptae sunt, servari, nunc certe majorem earum auctoritatem videri, ut id fere sequamur, ubi reprobatum non est, uti existimat dn. Cornel. van Bynkershoek *ad l.* 9. *ff. de l. rhodia c.* 8. *p.* 80. Quemadmodum autem ita in rebus humanis fieri solet, ut saepe unius civitatis ruina alterius incrementum sit (sicut et nostro tempore omnem fere mercaturae commerciorumque florem Antwerpia Amstelodamum se contulisse vidimus) ita et urbi Wisbyae urbis vandalicae vinetae, de qua vid. Micrael. *von alten Pommerland. l.* 2. *c.* 14. exitium dedit incrementum, sed et Wisbya tandem in eum statum devenit, ut ob minimam occasionem, fractione nempe

unius fenestralis vitri, vix valoris obularis, teste Olao magno. *l.* 10. *cap.* 16. *et l.* 2. *c.* 24. *de punit. rebell. naut.* ad incitas redigeretur, dn. Kürike *in comment. ad jus. hans. ad inscr.* Prolixiorem autem hujus olim celebratissimi emporii descriptionem qui desiderat, adeat Olearii *itinerar. pers. l.* 2. c. 3. et Schottel de *antiqu. germ. jurib. c.* 25. §. 5. Rudera hujus urbis adhuc hodie exstare, auctor quoque est l. Baro de Herberstein, *in histor. moscov. p.* 118. *Man siehet in der Insul Gothland noch der alten Stadt Wissby Mauern und Gebaeuden, in welcher die vorbeyschiffenden allen ihren Zanck und Gespan zů Ende gebracht und ausgerichtet haben. Man hat auch von allen herumliegenden Meer-Staendten und Flecken alle Rechts-Haendel an diesen Ort ziehen mögen.*

§. 6. Nec praetereundum est jus maritimum *hanseaticum* primum. a. 1591. communi consilio in publico Lubecae habito conventu, in 59. articulos digestum, atque anno insequente germanico idiomate typis publicatum. Quia vero ista in articulos digestio accuratiorem methodum poscere videbatur, plura etiam inserenda indies occurrerent, civitatibus hanseaticis ao. 1614. eos recensere et in certos 15. titulos seu locos redigere, variaque prioribus addere placuit. Desumpti autem sunt hi articuli partim ex antiquis rhodiis aliisque civilibus legibus, partim ex statutis nauticis wisbyensibus et specialibus plebiscitis cujusque civitatis hanseaticae. Vid. *praef. compendii juris maritimi ab j. r. e. a.* 1698. editi, dn. Kürike in laudato *commentar. ad hoc jus hans.* ut et commentarios Joh. Sibrandi *ad lubecensia jura maritima*, citatos a Jac. Gothofredo *de imperio maris c.* 8. Recenset quoque jus. marit. hanseat. seu *der ehrbahren Hansee-Staedte Schiffs-Ordnung und See-Recht.* Joh. Marquard. *de jure mercaturae in append. p.* 688. it. Mevius. *in jure suo lubec.*

§. 7. Hactenus distinctim de ll. maritimis actum; omnes autem ll. praecipue antiquiores uno eodemque libello comprehensae, partim vero auctae et emendatae videntur in libro illo italice conscripto, qui vocatur *il consolato del mare*, quem in idioma belgicum transtulit Abrahamus Westerveen Jctus batavus et Lugduni Batavorum a. 1704. in 4to edidit. Qui liber de consulatu maris teste Boeclero in *comment. ad grot. praef. p.* 27. nunquam satis laudatus, si argumenti nobilitatem, copiam, usum spectemus. Ipse Grot. *de jure b. et p. l.* 3. *c.* 1. §. 5. *in not. n.* 5. de hoc libro haec refert, quod sit editus lingua italica, in quem relatae sunt constitutiones imperatorum Graeciae, Alemanniae, regum Francorum, Hispaniae, Syriae, Cypri, Balearium, Venetorum, Genuensium. Alii tamen hunc librum primitus in lingua hispanica castiliensi conscriptum esse censent, referente Abrahamo Westerveen *in alleg. praef.* Arnold. Vinn. ad amplissimos reipl. amstelodamensis consules *epistol. dedicatoria*, quae Peckii libro *ad rem nauticam* praefigitur, sequentia profert: apparet ex toto illo Peckii opere, non vidisse eum ullas alias leges de rebus maritimis, quam quae in corpore juris justinianei continentur, non ipsas wisbyicenses, quae fere apud transrhenanos, non Oleronis, quae apud Gallham obtinent, non librum de consulatu maris, qui scriptus dicitur aetate s. Ludovici, ex quo bona pars legum, quibus hodie ad res maritimas passim utuntur, sumpta est. Interim vero, quod Grot. existimat, in consulatum illum relatas esse tot aliorum imperatorum et populorum leges maritimas, hoc solum huic libro auctoritatem, qua pollet, tribuere nequit. quia collectio nihilominus privato homini adscribenda, cum nullius vel imperatoris vel reipubl. nomine in lucem prodierit. Hoc vero plane eximium auctoritatis publicae argumentum est, quo vix ullae ll. in Europa pollent, quod tot imperatores, reges, principes et respubl. juramento se obstrinxerint ad ll. in hoc consulatu contentas sancte servandas, nam et impp. constantinopolitani, germani, reges Galliae, civesque romani ab a. 1075. usque ad a. 1270. diversis temporibus juratam fidem dederunt de his libus servandis, et quod specialim observandum, ipsi rhodienses a 1190. itidem ad observantiam harum ll. juratam se obstrinxerunt, ut inde omnino ll. rhodiae nauticae huic consulatui maris cedere debeant. De singulis autem principibus et rebuspubl. approbatione sua robur huic libro asserentibus videri poterit *praefat.* illius libri *italica et belgica*, quorsum b. l. remitto.

§. 8. Haec sunt potiora jura maritima antiquitus recepta, quae in antecessum adducere libuit; nihil jam dicam de recentioribus legibus et statutis navalibus, cum unaquaevis fere regio mari vicina peculiaria sua statuta in re nautica habeat. Inprimis huc pertinent ordinationes Philippi II. de re nautica Belgis *a.* 1563. *ult. octobris* datae; et imperatoris Caroli V. de re maritima, jura suecica, danica etc. quae cum notissima sint, iis recensendis supersedebo. Quodsi denique expressa in controversiis maritimis deficiant jura, ad consuetudines nautarum et mercatorum respiciendum esse puto. Controversiarum enim nauticarum, si nihil certi aut scripto jure cautum, et consuetudine receptum sit, decisio ac judicium permitti solet prudentiae mercatorum aut nautarum, negotiationibus maritimis assuetorum. Straccha *de navig. n.* 25. *Wisbyense jus art.* 38. Mercatores enim tum propter negotiationum utilitatem, tum vero ob locorum conditionem, temporum et rerum circumstantias a jure communi et curiarum variarum stylo saepius divortium facientes, et per actus diutissime continuatos, ac in *Boersa* sua frequentatos, consuetudinem introducere possunt, hinc omnino necessum est, receptos mercatorum mores sequi; utpote qui parem cum scripto lege vim habent. *l.* 32. *et* 37. *ff. de ll.* Schaffhausen *de assecurationibus* §. 19. conf. Lauterbach. *disp. de jure in foro mercatorum usituto.* Constituta hinc sunt multis in locis collegia nautica seu mercatoria, quorum nomine per totum ferme orbem celebria sunt magnae Britanniae et Belgii admiralitatis collegia, ut coram his controversiae maritimae decidantur, vel alias, si de rebus et contractibus maritimis quaestio incidat, ea ibi summarie ventilentur; quae omnia ob commerciorum maritimorum tot alias periculis obnoxiorum utilitatem sancita et constituta sunt. Vid. *ordnung des summarischen see gerichts process in append. tr.* Johann. Marquardi *de jure mercaturae p.* 704. ubi omnia negotia, quae ad hunc proecssum summarium referri debeant, ordine exponuntur. His itaque praemissis transeundum ad collisionem navium, quot modis ea contingat.

CAPUT II.

De diversitate damni per occursum seu collisionem navium dati.

SUMMARIA

Quid sit collisio navium? §. 1.
Quotupliciter damnum inferatur? §. 2.
Quale sit damnum casu fortuito illatum? §. 3.
An periculum et casus fortuitus differant? §. 4.
Quotuplex sit casus fortuitus? §. 5.
Quomodo jure civ. reparatio damni per casum fortuitum dati fiat? §. 6.
Quid de jure maritimo statutum sit? §. 7.
Quid si culpa adsit? §. 8.
De culpa a mercatoribus commissa. §. 9.
De culpa quae casum praecedit. §. 10.
De culpa in velorum submissione adhibita. §. 11.
De culpa utriusque navis seu communi §. 12.
Quid si culpa laedentis navis adsit? §. 13.
Quid si laesa navis ipsa in culpa sit? §. 14.
De collisione navium in portu in genere? §. 15.
De casuali navium in portu collisione. §. 16.
Quid hoc casu de jure civ. obtineat? §. 17.
De collisione navium in portu per culpam facta. §. 18.
De collisione navium in absentia nautae in portu. §. 19.
De collisione navium in portu dolosa. §. 20.
Quid si navis in portu damnum a se amoliri conetur? §. 20.
De incursu navis in retia piscatorum. §. 22.
De imperitia a nauclero commissa. §. 23.
De aliis generibus naufragii ex dolo. §. 24.
An ea, quae dicta, etiam applicari possint ad flumina? §. 25.
An etiam ad carabos auf die Bördinge? §. 26.
De collisione navium hostilium. §. 27.
Von den Brandern. ibid.
De incursu navium falsis vel veris velis utentium. §. 28.

§. 1. Generaliter itaque rem considerando collisio navium nihil aliud est, quam quando navis in aliquod impedimentum e. gr. in syrtes, scopulos, palum etc. propellitur, atque ita illisione facta damnum incurrit. In sensu autem specialiori et strictiori nobis est, quando duae naves inter velificandum sibi invicem occurrunt, atque ita altera in alteram illiditur, ut inde damnum navi mercibusque in ea contentis inferatur, vel navis plane pereat. Germ. *eine An und Uberseegelung der Schiffe.* Belavi hoc exprimunt per vocem *oberzeylage. Schepen die eleckander beschadigen.* Rex Galliae Ludov. XIV. *dans l'ordonnance de la marine* hoc per terminum maritimum expressit et vocat *l'abordage.* Vid. annexam explicationem terminorum maritimorum *dictae ordinationi lit. a.* In versione ll. rhodiarum *l.* 36. ubi sedes est hujus materiae, hoc ita reddit latinus interpres: si navis velificans in aliam navim damnum dederit. Ipsum autem graecum idioma hujus l. vid. in libris βασιλικῶν *t.* 7. *l.* 53. *t.* 8. *p.* 655. Edit. Fabrot. Nec deest textus in jure nostro in *l.* 29. §. 4. *ff. ad l. aquil.* ubi hoc Ulpianus per impactionem exprimit, ibi: si navis tua in alteram impacta fuerit. Sed nolumus inhaerere corticibus verborum, quin potius ad nucleum seu rem ipsam nos convertimus, et quot modis damnum ita detur, explicabimus.

§. 2. Cum autem, quaestione de damno mota, non una casibus inde exortis applicari possit regula, nec quispiam accuratam ferre decisionem possit, nisi quod et quale damnum sit, prius accurate judicii lance examinaverit, hinc et hoc casu cum de damno per naves illato quaestio est, ante omnia videndum, quotupliciter damnum hoc modo navigantibus accidere possit, quo inde ad quaestionem de damni dati reparatione eo melius respondere valeamus. Infertur igitur alteri damnum vel casu fortuito, vel culpa, vel dolo.

§. 3. Casuale damnum, sive a vi majore, quam industria humana praecavere non potuit, vel divina, proveniens, uti etiam in ipsis textibus juris nostri appellatur, prout patet ex *l.* 24. §. 4. *ff. de damno infecto*, ubi Ulpianus dicit: aliud esse, si damnum contingat violentia ventorum, vel alia ratione, quae vim habet divinam; et Cajus in *l.* 25. §. 6. *ff. locati conducti* dicit: vis major, quam graeci θεου βιαν i. e. vim divinam appellant, non debet conductori damnosa esse. conf. *l.* 15. §. 2. *ff. locati. l.* 2. §. 7. *ff. de administr. rer. ad civit. pertinent.* Omne enim, quicquid gens marina pro infortunio habet, a Deo provenit, qui et venti et maris Dominus est, et sic nobis nihil aliud est casus, quam si tanta vis navi facta sit, quae nullo remedio contra tempestatis obortae truculentiam temperari vel evitari potuit; seu omne damnum per tempestatem illatum hoc nomine venit, cum aquarum impetus, inundationes et vis ventorum fortuitis annumerentur casibus in *l.* 23. *ff. de r. i.* Nulla autem est distinctio, quam habet Anton. Faber. ad *l.* 3. §. 1. *ff. de exerc. act.* inter ea, quae fato, et quae casu fortuito fiunt, quod ista ex necessaria, haec autem ex accidentaria causa contingant, cum, quae fortuito casu accidere dicuntur, ob nostram ignorantiam talia videantur, quae tamen, si ad altiorem causam e. g. Deum adsurgamus, possunt esse a fato, seu a Deo, Conf. Stypm. *de jure marit. c.* 15. *n.* 334. *seqq.* Imo commutari in jure nostro nomina casus fortuiti et fati probant *l.* 16. *pr. ff. de rei vindic.* Non enim post litem contestatam utique et *fatum* possessor praestare debet *l.* 11. § 5. *ff. de minor.* ibi: quod fato contingit, cuivis patrifam. quamvis diligentissimo, potest contingere. Addet uberiorem sententiae Jctorum de fatis explicationem Seneca, genuinus philosophiae stoicae, cui et ipsi addicti erant Jcti haud pauci, interpres: ergo nihil magis, inquit, ingratissime mortalium, qui te negas Deo debere, sed naturae, quia nec natura sine Deo est, nec Deus est sine natura, sed idem est utrumque, nec distat etc. Sic hunc naturam voca fatum, fortunam, omnia ejusdem Dei nomina sunt, varie utentis sua potestate *l.* 4. *de benefic. c.* 8.

§. 4. Cum autem periculum et casus fortuitos a multis habeantur pro synonymis, dispiciamus, an idem

in nostro casu, ubi de incursu navium agimus, obtineri possit? Solent alias ita distinguere, quod periculum damnum sit sive dolo sive culpa obortum. *l. 4. ff. naut. caup. stabul. l. 1. ff. de periculo et commodo rei venditae. l. 60. §. 6. ff. locati* hic, quod casu fortuito, qui providentia humana praecaveri non potuit, contigit. Stypm. *de jure marit. p. 4. c. 7. n. 309.* Nihil enim tam firmum, quod maris aut tempestatis vim sustinere possit *l. 4. ff. de damn. infect.* Quemadmodum quoque dd. existimant, quod si ad culpam latam vel levem aliquis obligetur, tunc si periculi quoque mentio fiat, culpam levissimam intelligi. Sed si dicendum, quod res est, vox periculi germanica *die Gefahr* vix aliam a casu fortuito significationem habet, praesertim, si particula universalis addita: *Er wolle vor alle Gefahr stehen*, dn. Praes *in annot. ad Lauterb. ad l. 13. t. 6. voc. quale vero periculum*, *p. 392.* Accipitur quoque in ipsis ll. eodem sensu periculum, quo casus fortuitus, §. 3. *i. de empt. vend.* ubi dicitur: emptione et venditione contracta statim periculum ad emptorem pertinere, et exempla subjunguntur, quae tantum ad casus fortuitos possunt referri, *addito*: quicquid enim sine dolo et culpa venditionis accidit, in eo venditor securus est. Conf. *l. 6. c. de pign. act. l. 9. §. fin. ff. de reb. cred.* Illud certum est ad minimum, in maritimis causis periculum et casum fortuitum unum idemque significare, et sic eum, qui in assecurationibus omne periculum, *allen risico ende perickel*, suscepit, tantum de casu fortuito, non autem de damno ob culpam dato teneri, quemadmodum conductor suscipiens casum fortuitum, non includit illum, qui culpa locatoris evenit. Barbos. *collect. in c. ad tit. de naut. foen. n. 5.* Vid. *infra c. 4. §. 8.*

§. 8. Damna casualia dispescuntur a dd. insolita vel insolita. Solita sunt, quae non raro solent contingere; insolita, quae rarius contingunt: hisce a nonnullis addunter casus plane insoliti, et ut dicam insolitissimi, qui perraro, et semel vel bis seculi vel longioris temporis spatio contingere solent. Ad solita ergo damna casum fortuitum praesupponentia referimus, quando navis ob vadum aliquod in mare, quod non potest superari, vi ventorum adacta, damnum incurrit, *Wann es auff die Sand-Baenche zu sitzen kommt*, quali periculo navigantes saepius expositos esse, tristis experientia comprobat, et utinam non quotidie fere novellae tale quid nobis referrent? Licet autem interdum naves a vado iterum liberari possint, praesertim illis in locis, ubi maris fluxus et refluxus est, *dass das Schiff wieder mit der Flut Floss wird*, saepe tamen, licet bona salventur, navis ipsa perit. Solitum quoque est maris transfretantium infortunium, quod scopulos et syrtes, in mari interdum latitantes, evitare non possint, quin potius, illisione in eas facta, misere cum nave illis intereundum sit, quale quid proh dolor! incluto illi heroi marino Chovelio contigisse relatum est in *praef. hujus disp.* Minus solitum casuale damnum illud dici potest, quando una navis alii contra se venienti navi damnum infert, vel eam obruit, qui casus proprie ad nos spectat. Insolitissimus autem casus ille est, quem de 1000. annis una vice contingere ait Santern. *de assec. p. 3. n. 27.* quosque seculis aliquot semel atque iterum evenisse observatum fuit, v. gr. navem in balaenae molem sub undis latitantem impetu vehementiori illisam, compagibus revulsis periisse. Marqu. *de jure mercaturae l. 2. c. 13. n. 66.* Quamvis, quid insolitum vel insolitissimum sit, non tam ex annorum numero, quam ex prudenti arbitrio illorum, qui rerum nauticarum periti sunt, aestimandum sit.

§. 6. Cum igitur jam casus fortuitos, navigantibus in occursu navium obvenire solitos, perlustraverimus, ad decisionem horum casuum nos conferamus, et videamus primum, quid jura rom. hoc casu disponant. Id certum est, stricto jure rom. neque dominum, neque exercitores navis teneri ad ullam damni reparationem, *l. 29. §. 5. ff. ad l. aquil. ibi. si navis alteram contra se venientem obruisset, et tanta vis navi facta sit, quae temperari non potuit, nullam in dominum dandam esse actionem.* Statutum autem hoc est de jure civ. ob rationem, quod casus fortuitus in nullo contractu, qualis et hic est quasi inter locatorem et conductorem, veniat praestandus, *l. 23. ff. de r. i. l. 18. pr. ff. commod.* quae enim fortuitis casibus aut vi majore accidunt, nullo bonae fidei judicio praestantur, *l. 6. c. de pignor. act.* Lex autem aquilia ideo locum habere non potest, cum illa damnum injuria et culpa datum praesupponat, *l. 4. l. scientiam. §. ult. ff. ad l. aquil.* Duo enim requirantur, ut dici possit, actionem l. aquil. locum habere 1.) ut damnum revera sit illatum, 2.) ut adsit culpa damnum inferentis. vid. hect. Copyc. Latro *decis. neapol. l. 1. dec. 60. n. 1.* Ad mercium ergo et navis dominum periculum hoc in casu pertinet. Si enim res, quae perit, domino pereat, multo magis deterioratio rei ad solum dominum pertinet. Cum itaque navis praedio comparetur, consequens est, quemadmodum dominus praedii inquilino imputare vim tempestatis non potest, *l. ex conducto. 15. §. si vis 2. ff. loc. cond.* ita quoque magister navis vim tempestatis calamitosae, et damnum inde acceptum iis imputare non debet, qui in nave sunt. Peck. *ad l. 2. ff. de lege rhod. de jact. verb. nulla facienda collatio.* Alia ratio est, si quis periculum in se receperit, *arg. l. 7. §. 15. ff. de pact. l. 39. ff. mandat.*

§. 7. Secessum autem hac in parte fecerunt jura maritima, statuendo, damnum ita per infortunium causatum, ab utroque sequaliter resarciendum esse; propter bonum publicum et culpae probandae difficultatem. Cum enim homines vafri et improbi, ut Wisbyenses addunt, veteres naves atque ruinosas sponte in aliorum robora impingere soleant, ut ruptarum solidam aestimationem consequerentur, placuit auctoribus juris maritimi, diviso inter utramque damno, tam malitiosis occurrere navigationibus. Anth. Matth. *comment. de crimin. tit. 3. c. 3. n. 2.* Hac de re ita jus Wisbyense *art. 27. die Ursache, warum diese Belsbung gemachet, und also gefunden, ist diese: Es begiebt sich unterweilen, dass man andern guten Schiffen ein altes Schiff in den Wege leget, damit ex allen erlittenen Schaden von an dern bezahlet bekommen möge, da es von andern Schiffen zernichtet würde, wann man aber weiss, dass der Schade halb und halb angerechnet wird, leget man solch alt Schiff gern aus dem Wege.* Distinguit vero Loccen. *de jure marit. l. 2. c. 1. §. 9.* num interdiu an vero noctu aut turbida tempestate vis nav facta fuerit, putatque, illo casu vim tempestatis ad excusandam culpam obiendi

non posse, et forsan hanc distinctionem ex *l. rhod.* 36. hausit, ubi dicitur: quodsi una navis in alteram interdiu delata fuerit, omnis tam collisio quam interitus ad exercitorem (sive ut graecus habet textus, *ad nauclerum*) pariter ac ipsos vectores spectet. Verum cum plurimae ll. maritimae non solum simpliciter de damni reparatione loquantur, sed et aliae expresse disponant, sive noctu sive interdiu damnum contigerit, nihilominus utramque navim aequali modo ad restitutionem damni obligatam fore, hinc haec Loccenii sententia vix videtur admittenda. Vid. Wisbys. Zeeregt *art.* 49. *Plakaet van Keyser Carl. V. art.* 46. Ordonnance de la Marine de Louys XIV. *liv.* 3. *tit.* 7. *art.* 11. En cas d'abordage de Vaisseaux le dommage sera payè egalement parmi les Navires qui l'auront fait, et souffert. Add. *Daen. See-R. c.* 55. *Schwed. See R. Carol.* XI. *p.* 4. *c.* 8. *art.* 1. ib. *Seynd.* 2. *Schiffer in der See, und kommen einander an Bohrd, ohne dass sie es verwehren konnen, kriegen sie Schaden davon, so traeget ein jedweder die Helffte des Schadens davon, es sey entweder bey Tage oder Nacht, bey Sturm oder fuglichem Wetter geschehen.* Conf. Compend. jur. marit. *ab i. r. e. anno* 1698. editi *tit.* 6. *art.* 3. *Hansee Staedt. Schiffs Ordnung und See Recht. tit.* 10. *art.* 1. *ibi*: *Ohngeachtet es bey Tage oder bey Nacht geschehen ist.* statut. rigens. (quae Mstа mihi videre licuit in dn. Praes. Bibliotheca) ubi statutum est *l.* 5. *t.* 5. *art.* 3. *So ein Schiff unversehens auff das andere seegelt, oder treibet, es sey Tag oder Nacht, oder thaete dem andern Schaden etc.* Conf. Stat. Hamb. *p.* 2. *t.* 17. *art.* 6. Quae autem in §. praeced. de jure rom. diximus, quod scilicet secundum illud ob casum fortuitum nemo teneatur, illa videntur adhuc locum habere in Prussia Regali Brandenb. per *preuss. Land R. l.* 4. *t.* 19. *art.* 4. ibi: *Will er denn schwehren, dass es wider seinen Willen geschehen, und eres wegen Wetter und Wind nicht aendern konnen, so soll er keine Erstattung zu thun schuldig seyn. Schwüre er aber nicht, so soll er vor den Schaden Abtrag thun*, ut adeo ex hoc videre liceat, quam stricte hic ut et in aliis casibus sereniss. legislator in condendo jure Pruten. jus rom. secutus fuerit.

§. 8. Jam progredimur ad culpam in naufragiis, naviumque collisionibus saepissime se exsercutem. Varia autem est culpa, prout diversa sunt objecta in navigationibus et earum jure considerenda. Vel enim intercedit culpa exercitoris seu domini navis, vel culpa magistri navis seu nauclerі. Priori casu culpa se exserit, si exercitor navem sine ductore in mare immiserit, quorsum pertinet. *l.* 13. §. 1. *ff. locat. cond. Si magister navis sine gubernatore in flumen navem immiserit, et tempestate orta temperare non potuerit, et navem perdiderit, vectores habebunt adversus eum ex locato actionem.* Vel non idoneis commiserit hominibus. *l.* 7. *ff. naut. caup. stab.* ibi: culpa non intelligitur, si navem petitam navigationis trans mare misit, licet ea perierit, nisi minus idoneis hominibus eam commisit. Posteriori casu culpa magistri navis vel aliorum nautarum intervenit, si eam diligentiam non adhibuerint, qualem officii ratio postulat Conf. Loccen. *de jure marit. l.* 2. *c.* 1. §. 9. Item, si nauclerus navem non omni apparatu, ad eam ducendam necessario, instruxerit, ut vel inde damnum contingat, de quo vid. consulat. maris *c.* 288. *p.* 423. Quo etiam referri potest, si Magister navis adverso tempore navem mari committat. *l.* 36. §. 1. *ff. de rei vind.* cum tamen in re maritima tantum a mense mart- usque ad mens. novembr. secura ob beneficium ventorum credatur navigatio; eoque tempore maria dicebantur aperta. Statut. Lubec. edita Lubec. 1616. 4to. Deficit tamen hic *lib.* 6. in Mevii *jure lubec. lib.* 6. *t.* 4. *art.* 4. Salmuth. in *Pancirol. p.* 3. *t.* 11. *p.* 883. Contra incommodum censebatur reliquum anni tempus, quo maria dicebantur clausa. Id. *ibid.* Conf. *l.* 6. *c. de off. rect. prov.* ubi inviolabili observatione sancitum est, ut, quoniam tempore hyemis navigatio saepe periculosa est, et semper incerta, in illis urbibus vicissim hyemandum sibi judices recognoscant: et ratio hujus decisionis aperta est, immensitas enim ventorum in causa est, et quia ventis flantibus contrariis navigare non licet. Non itaque omnia temporum momenta apta sunt navigationi, nec integro anno vis et acerbitas maris patitur navigantes, sed quidam menses aptissimi, quidam dubii, reliqui classibus intractabiles. Stypm. *de jure marit. p.* 3. *c.* 7. *n.* 4. Plura de tempore ad navigandum idoneo habet de Vicq. *in not. ad Wetts. de avaria ad* §. 33. *p.* 123. *et seqq.* Ad culpam quoque spectat, si naves non habeant ignem noctu in summitate sua, ad evitandum collisionis periculum. De aliis modis, quibus culpa a nautis committatur, vid. Stypmann. *c. l.* Straccha *de naut. et navig. p.* 3.

§. 9. Cum autem de culpa hic agimus, illam quoque a mercatoribus videmus admitti, quando absque salvo conductu mari naves confidunt, cum tamen hunc a collegio admiralitatis expetere debeant. Origo autem hujus salvi conductus *des Convoyrens*, ut hoc obiter notem, omnino a maris custodia et dominio deducenda. Est enim pars *der Oberherrlichkeit*, *die See*, *die sich einer amnasset*, *mit Krieges-Jagd und convoy Schiffen von Feinden und Raeubern frey zu halten*, uti dominus territorii, *der das Geleit hat*, peregrinantibus per territorium suum securitatem praestat. Hinc ex neglectu ad resarciendum damnum tenentur reges ac magistratus, qui ad inhibenda latrocinia et piraticam non adhibent ea, quae possunt, ac debent, remedia. Grot. *de jure b. et p. l.* 2. *c.* 17. §. 12. Hac occasione non possum non, quin hic mentionem injiciam celebris controversiae in Britannia inter collegium admiralitatis et mercatores per mare commercia sua exercentes, quae adhuc sub judice pendet. Scilicet in eo jam sunt mercatores, ut crescentem armatarum navium gallicarum *der Cuapern* potentiam ad suum reducant animum, postquam tam multas, saepeque auro, argento, et aliis pretiosis rebus onustas, ad portus Galliae abduci viderunt, imo Dunkerkani et alii passim oceanum et mare mediterraneum adhuc infestant. Mercatores culpam conjicere volunt in admiralitatis collegium, quasi non satis securo atque sufficienti salvo conducto eorum navibus prospexerit; hoc e contra negligentiam adscribit mercatoribus, quasi hi, ut sumptibus parcant, alias pro conducendis navibus huic illustri collegio debitis, absque ulla securitate, suo periculo ad alia loca hostibus obvia iverint. Enimvero, si dicendum quod res est, illustre illud admiralitatis collegium magnae Britanniae non sine ratione hoc allegavit; sine dubio enim ll. maritimae illic loci de non instituenda absque sufficienti salvo conductu *ohne genugsamer Convoy* navigatione, praesertim hac

calamitate belli vigebunt, quemadmodum saluberrime apud Batavos, qui periter de gloria navigationis certant, cautum esse, evincit Lib. Holland. *van See-Recht* tit. *van Admiralschaep. p.* 92. *et* 93. Ex quo sua excerpsit Stypmann. *de jure marit. p.* 4. *c* 11. *n.* 59. *seqq.* 1) quod nempe nulla navis navigare debeat sine navi conducente, 2) quod ex Hollandia in mare balticum non debeant ire, nisi ad minimum 30. naves in societate sint, quae per duas naves bellicas debeant conduci, 3) si non adsit navis conducens et numerus 30. naves excedat, si habent 40. tormenta, et alia necessaria arma, possunt constituto inter se admiralio navigare. Quae si damnum ab hoste patiantur, sive in navi, sive in mercibus, reliquae pro rata debent contribuere. Poena autem navium absque salvo conductu euntium haec est, quod nauclerus poenae nomine dare debeat pro navi ceriam pecuniae summam, omneque damnum, quod ab hoste accipit, sive captivus ab hoste adducatur, sive alias solus debeat sustinere, nec teneantur exercitores in ejus redemptionem minimum contribuere etc. Vid. Stypm. *c. l.* Licet autem haec tantum de navigatione versus septemtrionem disponant, nullum tamen est dubium, quin et de itinere maritimo in alia loca idem salubriter sit constitutum. His ita suppositis, quod si mercatores seu exercitores per jura maritima obligantur, ut a collegio admiralitatis conductum navium petant, uti in Britannia moris est, haec culpa mercatorum causata non possunt imputari collegio admiralitatis. Caeterum jam patefiunt artes et machinationes, quibus Galli usi sunt, ut non solum numerum navium ex anglicis portubus solventium, sed et naves salvi conductus, quot et quales fuerunt, ipsis indigitatae fuerint, quod enim palam armis facere nequiverunt, satis gnari, Anglos ipsis in mari potentiores esse, hoc clam perpetrarunt. Omnia enim, quae in magnae Britanniae admiralitatis collegio conclusa fuere, navesque ad abeundum paratas per literas proditorum cognoverunt. Inter quos praeprimis fuit Cregg. Secretarius quondam ministri britannici Harley, et secretarius legati sabaudici comitis de Briancon, quorum primus jam crimine tali pr ditionis dignam sensit poenam, hic autem sine dubio a duce Sabaudiae, ad quem missus est, pro merito delicti punietur.

§. 10. Ad hanc vero speciem, ubi damnum a navibus sibi invicem obviam factis datum est, navigio tempore justo non instituto, referendum triste illud naufragium, quod anno 1706. in littoribus frisicis contigit de quo literae a quodam istius infortunii consorte, quique jam tertiam navem ad vitam conservandam ascenderat, tunc temporis perscriptae testantur, ex quibus mihi haec verbis scribentis referre liceat, *das Mensch l. Weise davon zu reden, die Schiffer Schuld daran gewesen, denn die Schiffer haben die rechte Fahrzeit nicht in acht genommen. und die ohne dem wegen der Sandbaencke bey Ostfriess Land gefaehrliche Fuhrt bey noch allzu wenigen Wasser passiret. Hiernechst hat auch viel contribuiret die Vielheit der Schiffe, dieweil die Schiffe bey jetziger Kriege Zeit nicht sonder Convoy zu reisen pflegen, und über das der Wind* 14. *Tage contrair gewesen, so war die Anzahl der Schiffe auff* 40. *gewachsen, so mit der Emder Convoy gegangen, welche wegen Enge der Fuhrt, und wegen der auff beyden Seiten gelegenen verborgenen Sandbaenken ein ander, als das Unglück anhub, nicht ausweichen, sondern sich solcher gestalt selber ruiniren helffen.* Hoc ergo casu damnum mixti quasi generis est, nec mere culposum nec mere casuale, si cum eventu occasio et initium ponderetur, v. g. nauta nulla necessitate impeditus, naglexit ventum, quem itineri faventem habebat, et postea citra aliam suam culpam naufragium passus est, *l. fin.* §. 1. *ff. ad l. rhod. de jactu.* Nam et in hoc casu ob culpam praecedentem nauta tenetur, Marquard. *de jure mercaturae. l.* 10. *c.* 10. *n.* 25. nec videtur sentire damnum, quod sua culpa sentit, *l.* 203. *ff. de r. j.* Conf. *Schwed. See-Recht p.* 2. *c.* 10. verb. *der Schiffer muss keinen guten Wind versaeumen, es sey denn, dass er dem Kauffmann zu allen Schaden antworten wolle, Wisb. See-R. t.* 41. *Es mag kein Schiffer den Wind verliegen.*

§. 11. Insignis quoque culpa magistri navis est, quando obviam factus regis vel alius superioris, quem venerari tenetur, navi, velorum demissione non reveretur majestatem ejusdem, ut vel inde navi per tormentorum explosionem damnum contingat. Haec autem salutatio fit non semper in signum subjectionis et reverentiae indicium, cum duplici respectu hanc velorum submissionem fieri, probet experientia: aut enim salutandi animo tantum superior pars mali dejicitur, seu ut loquuntur commercii maritimi peritiores: *Es wird im Mittel Mast die oberste Flagge, wenn man recht gegen ein Kaenigl. Castell. kommt, ein wenig herunter gelassen, aber alsobald wieder auffgezogen*: et hunc morem etiam regiae naves, alterius regis castella praeternavigantes, observant, quod tantum abest, ut majestatem vel quicquam imminuat, cum non sit subjectionis signum, sed amicitiae. Quemadmodum ordines Hollandiae *a.* 1670. *d.* 16. *maji* optimo jure decreverunt, in freto baltici maris arcem Cronenburg salutandam, dn. Cornel. van Binckersboek *de dominio maris c.* 4. *p.* 29. Aut fieri solet velorum submissio ad majorem reverentiam contestandam: *Es wird das Top-Seegel halb herunter gelassen, und bis man einen Canon-Schuss weit in der See ist, wieder aufgezogen, dafern die Schiffer nicht wollen einen jeden Schuss propter contumaciam mit einen Rosenobel loesen.* Et haec velorum submissio inter alias causas Anglis occasionem quondam praebuit, Batavis bellum inferendi, *dass nemlich der Hollaender Admiral nicht hat zu erst die Seegel wollen streichen.* Hinc obtinuerunt, ut regis navibus tamquam principi reverentia haberetur, pacis conditionibus, quae illim cum Belgis intervenerunt *anno* 1654. 1662. 1667. *et* 1674. et in §. 4. pacis inter Carol. II. Angliae regem et ordines foederati Belgii illo *anno* 1674. factae expressum est, ordines agnoscere, jus esse regiis Anglorum navibus, ut iis ordinum etiam totae classes summum aplustre et supparum submittant in omni isto mari, quod septemtriones et promontorium, quod *finis terrae* dicitur, interjacet *cit.* dn. Cornel. van Byckershoek. *de dominio maris c.* 8. *p.* 39. Et sic aliquando ad modos imperii retinendi velorum submissionem refert Strauch. in *diss. de imper. maris c.* 6. *n.* 1. Ut enim salutetur, et quomodo salutandum, recte dicitur imperare, qui imperat maribus fretisque. Conf. Stypm. *c. l. n.* 21. D. Sibrandi disp. de *velorum submissione* quam defendit dn. Blumenau Gedanensis, jam ibi judicis castrensis munus optime gerens.

§. 12. Sed redeamus in viam et videamus, quid

juris sit, si culpa in utroque navigantium communis sit, et tam navi damnum inferenti quam patienti par culpa imputari possit? posse sane hoc evenire navigantibus vel exinde constat, si duae naves invicem sibi occurrant, et neutra alteri cedere velit, tunc sane extra dubium est, damnum ita datum esse commune, et communiter reparandum esse; plures enim ubi sunt, qui damnum inferunt omnes et singuli l. aquilia tenentur, *l.* 11. §. 2. *ff. ad l. aquil.* ita, ut hoc in casu contra nauclerum navis, quae damnum intulit, agi possit ad dimidiam, adeo, ut si ad damnum in solidum refundendum, actio instituatur, locum hic habeat exceptio damni communiter dati, cum ipse non solus damnum dederit, sed et caeterorum, damni reparationem exposcentium, culpa concurrat. Non igitur amplius tenetur, quam pro dimidia; et licet in *l.* 11. §. 2. *ff. ad l. aquil.* dicatur, quod si cum uno agatur, caeteri non liberantur, ibi: *nam ex l. aquilia, quod alius praestitit, alium non relevat*, adeoque ex hisce concludi posse videatur, unumquemque teneri in solidum, nec uno, qui damnum intulit, convento, reliquos liberari, distinguendum tamen hic est, an quis agat ad poenam, num vero ad interesse civile, et damni reparationem: ad illam enim quisque tenetur in solidum, non vero ad hanc, cum bona fides non patiatur, idem pecuniarium debitum a pluribus exigi, quod pluribus probat Taco van Glins in *Aenmerkingen over de Holl. Zeerecht ad tit. 4. art. 1. voc. ende dat by selver ock buyten alle Schuld ist.*

§. 13. Quod si autem culpa ab una parte navigantium committitur, navis vel laedens in culpa est, vel quae laeditur. Laedenti tunc culpa adscribitur, quando aliter periculum evadere potuit, sed navis ob culpam nauclerl, forte prudentia sufficienti eam gubernandi carentis, in aliam impacta fuit, atque sic damnum dedit, quo casu solus nauta laedens omnem deteriorationem navi et mercibus illatam refundere debet, adeo ut hic locum habeat lex aquilia de damno ex *l.* 29. §. 4. *ff. ad l. aquil.* ubi Ulpianus hoc in terminis decidit. Consentiunt hic jura maritima, quae unanimi calculo cum jure civ. conveniunt. vid. *Ordonnance de la marine de Louys* 14. *liv.* 3. *tit* 7. *art.* 10. Si toute fois l'abordage avoit été fait par la faute de l'un des maitres, le dommage sera reparé par celuy, qui l'aura causé. *Schwed. See R. p.* 4. *c.* 8. §. 7. ibi: *thut jemand solchen Schaden, wie hiefür beschrieben ist*, (actum autem est da variis navium collisionibus,) *mit Willen und sein selbst verursa hen. und wird dessen uberzeuget, so ersetzet er den Schaden vollenkommen, den er gethan hat.* Conf. Compend. jur. merit. *ab i. r. c.* editum *tit.* 6. *art.* 3. Plakaet Koninck Carls V. *art.* 47. et Koning Philippe *tit.* 4. *art.* 1. Taco van Glins *in Aenmerckingen ad h. l. Preuss. Land r. l.* 4. *t.* 19. *art.* 4. §. 2. In statutis autem rigensibus singulare aliquid ratione culpae, quam supra attigimus, (ut scilicet quilibet magister navis in ejus summa noctu ignem habere debeat, ad evitandum incursionis periculum), reperitur decisum *l.* 5. *t.* 5. *art.* 2. *wo* 2. *Schiffe auff der See zusammen kommen, und an einander dermassen stossen, dass Schaden daraus entstehet, so soll das Schiff, so es eine Leuchten hinten führet, so es den Schaden thaete, solches nicht gelten, das schiff aher, so den Schaden gehabt, soll den Schaden erstatten.*

§. 14. Accidit interdum, ut damnum, quod quis patitur; nulli alii imputari possit, quam auctori, qui ipse damnum incurrit, ut adeo a nullo alio, quam a se ipso reparationem ejus praetendere possit, sed sibi hoc imputare debeat, *l.* 203. *ff. de r. j.* Sic et in navium collisione res se habet; hinc idem juris erit, si ipsa navis laesa in culpa sit, ut ab alia invehente laedatur; dum enim damnum ex propria culpa sensit, solus obligatus est ad illud sustinendum, pariter ac ille, a quo damni causa ob culpam dependet, solus ad reparandum tenetur. Vidimus enim in praecedentibus, quod ille non possit reparationem damni petere, qui illud sua culpa causatus est, ab eo, qui damnum dedit, sed propter tempestatem hoc impedire non potuit. Vid. Taco van Glins in Aenmerckingen over de *Zeerechten art.* 3. *ad verb.* ende dat deselve buyten alle Schult is. *Schwed. See. r. part.* 4. *c.* 8. §. 1.

§. 15. Quemadmodum autem post discessum e portu navis variis exposita est tempestatibus, aliisque periculis, ita et dum in portu considet, obnoxia adhuc est variis eventibus, ut ventorum impetu quatiatur, dissolvatur, et in alteram illidatur, hinc saepius audivimus naves in ipso portu quiescentes interiisse, Merlin. *decis. rot. rom.* 597. *n.* 25. Navis enim et in ipso portu vel ostio periclitari dicitur in *l.* 4. *ff. ad l. rhod. de jactu.* et aliquando pati potest, ut experientia suggerit, secundum illud Propertii, *lib.* 3. *eleg.* 6. *fallit portus et ipse fidem*, ut adeo pateat, non semper verum esse, quod Anacharsis percontanti *quae securissima navis esset?* respondit: *ea quae in portum venit.* Non incognitae enim sunt adhuc hodie procellae, quae saepe portus maritimos ita infestarunt, ut naves jam in tuto constitutae, in profundissimum mare iterum dejectae ac dispersae fuerint, prout et novellae hujus anni nobis retulerunt. In portugallicis enim hispanicisque littoribus adeo saeviit ventus, et immoderata tempestas, ut Lisbona scriberetur, *der grosse Sturm, welchen wir in dieser Gegend gehabt, hat vom* 6. *biss.* 10. *jan. a c. gewehret, und ist fast nicht eines von den Schiffen, so hier im Hafen gelegen, unbeschaediget blieben.* Et de portu Gaditano sub idem tempus referebatur: *Wir haben bey* 20. *Tagen her aus Sudwesten einen continuirlichen Sturm gehabt, welcher insonderheit in denen letzten* 8. *Tagen gar hefftig gewesen, und sind dadurch unterschiedliche Schiffe von ihren Anckerne hinweg gespüblet worden. Ein Daenisches und ein Holsteinis. Schiff sind an einander gestossen, und dadurch nicht allein beschaediget, sondern auch durch das hohe Wasser auff den Strand gesetzet worden, das Daenische ist gantz voll Wasser, und wird es Mühe kosten die Ladung zu salviren, das Schiff aber geht verlohren, allein das Holsteinische, welches auff einen bessern Grund sitzet, hoffet man mit der naechsten Fluth wieder loss zu machen.* Inter varia ergo naufragiorum genera, quibus etiam subjectae sunt naves anchoris suis jam superbientes, maxime huc referendae sunt collisiones navium. Sicuti autem supra distinximus inter damna casu fortuito, culpa vel dolo illata, ita et his casibus bene separandum est damnum, quo naves anchoris innixae affliguntur.

§. 16. Facillima autem hoc in casu erit decisio, si absque culpa ob vehementiam tempestatis navis in portu quiescens damnum accipiat, cum fere nihil aliud hoc in casu II. maritimae disponant, quam supra jam §. 7. adduximus. Duobus autem praecipue modis ita casus fortuitus contingere solet, vel ut utraque navis ruptis funibus, quibus anchorae nituntur, in mare detrudatur, vel ut una tantum navis per casum fortuitum alteri, quae anchoras suas habet, damnum inferat. Priori casu dimidium damni dati restituendum est. Vid. Compend. *jur. marit.* saepius allegatum *t. 6. art.* 3. jus marit. Suec. *p.* 4 *c.* 8. §. 6. ibi: *Kommen auch. 2. Schiffe loss und treiben auff einander, so traeget ein jedes die Helffte von Schaden.* Jus Hans. *tit.* 10. *art.* 3. Ita quoque judicatum est a magnifico senatu gedanensi a. 1433. sequenti modo: *Da ein Schiff aus Flandern unferne Hela kommen ist, und daselbsteu Schiffe angetroffen mit Weinen und andern Gûtern beladen, welches für seinem Ancker ruhete, und dasselbe angeseegelt, so dass der Schiffer an seinem Schiffe, und der Kauffmann an seinem Gute Schaden genommen, darinn sind sie zur Klage gekommen, und ist nach beyder Theile Vorgeben zu Wasser. Recht erkannt*: Kan *der Schiffer das mit 2. seiner Schiffs. Kinder erhalten, dass er das Schiff mit seinen Weinen ohne seinen Willen angelauffen hat, so soll er den halben Schaden wieder erlegen, v. r. w.* Posteriori casu jure Suecico *c. l.* §. 5. statutum, ut laedens navis tertiam restituat partem, ibi: *nun kan eines davon lost kommen, und andern, welche fest liegen; Schaden zufügen, solches ersetzet den dritten Theil des Schadens.* Quamvis haec omnia eo tantum videntur restringi posse, si scil. navis fixa damnum incurrerit; cum si velificans tale quid sentiat, ipsa nullam plane ad reparandum damnum actionem videatur habere, vid. Ordin *Carol. V. de a.* 1551. *art.* 47. dat in dieu de geene de dryver is, hem schaden deede aen en ander Schip liggende op Ancker, sal de Schade selvs lyden, sondern van dem geenen, die an syn Ancker leggende was, niets de mogen eyschen. Conf. Derde Deel *van de consultatien, advysen etc. cons.* 16. *p.* 27. jus. Hans. *tit.* 10. *art.* 2. Wisbys. Zeeregt. *art.* 49.

§. 17. De jure nostro rom. famosissima hoc in casu est *l.* 29. §. 2. *ad l. aquil.* ibi: sed si fune rupto aut cum a nullo regeretur, navis incurrisset, cum domino agendum non esse, et §. 3. Item Labeo scribit: si cum vi ventorum navis impulsa esset in funes anchorarum alterius, et nautae praecidissent, si nullo alio modo, nisi praecisis funibus, explicare se potuit, nullam actionem dandam. Quod ad §. 2. attinet, Anton. Faber in *conjecturis jur. civ. c.* 17. *p.* 112. et in *rational. ff. ad tit. ff. ad l. aquil.* putat in allegato §. 2. affirmative, scil. cum domino agendum esse, ibi legendum, sublata particula negativa *non*, ex hac ratione, quod domino imputari debeat, quod navis non ab aliquo regatur, vel validis funibus non instructa sit, nec dici possit, casu fortuito id fieri posse, cum potius culpa domini adsit, qui facile praevidere potuit hoc damnum: sed contra hunc fabrum recte receptissimam negativam defendit Bachov. ad Treutl. *vol.* 1. *disp.* 18. *thes.* 5. *lit. c.* cum culpa domini et nautarum abesse possit, si scilicit subita et improvisa tempestate fiat, ut funes etiam novi et validi facile rumpantur. Probaturque haec sententia ex eodem. In praecedentibus enim Jctus notavit casum, culpa nautarum contingentem, deinde subdit: *sed si fune rupto* etc. consequenter ergo in *d. verb.* interpretatio ita accipienda est, ut omnis culpa cesset; quae culpa nauclerl non cessaret, si vitio funium debilium naufragium sequeretur. Vid. Benevent. Straccha *de naut. n.* 43. *et seqq.* Wissenbach. *ad tit. ff. de l. aquil. n.* 20. Brunem. *ad h. l.* imo et in §. 3 *citato* habet, quod reprehendat Faber, dum *l.* 5. *conject.* 17. sibi persuadet, non posse, impactione navis in anchoras facta, nauclerum esse innocentem, quia potuit praevenire atque praecavere hoc damnum, si bonis funibus et anchoribus instructus fuisset. Verum facilis est eadem responsio, cui enim incognita est atque non explorata satis navigantium et nautarum conditio, qui dum se incertis et periculosis committunt fluctibus, omnibus ad navigationem necessariis se instruunt, et provident, adeoque et bonas anchoras habere solent, saepe autem anchorae non tam bene a fabris, uti quidem debuissent, conficiuntur. Unde in rebusp. bene ordinatis expresse injungi solet fabris, ut firmas faciant anchoras ex ferro probo, uti de republ. amstelodamensi constat. vid. Handvesten, Privilegien, Octroyen, Costuymen, en Willekeuren der Stad Amsterdam *part.* 3. *l.* 5. *p.* 674. *edit. de ao.* 1663. *in fol.* Taco van Glins *in Aenmerckingen tit.* 4. *art.* 2. *ad verb.* sonder Schult van de Schipper. Loquitur autem et intelligendus est hic §. 3. de nautis impulsae navis, non de nautis, in cujus funes navis impulsa fuit. Conf. Stracch. *de naut. p.* 3. *n.* 415. et alii commentatores *ad h. l.*

§. 18. Culpa autem esse poterit navis in porta constitutae, si dominus navis, qui plerumque cum nauclero unus idemque est, Bachov. ad Treutl. *vol.* 1. *disp.* 18. *thes.* 5. *lit. c.* careat bonis anchoris vel funibus, atque sic navis propter vitiosa armamenta perierit, hoc enim casu nauclerus ad refectionem damni tenetur, cum damnum quoque dedisse videatur, qui solum occasionem damni dedit, *l.* 30. §. *pen. ff. ad l. aquil.* Non enim parum in eo situm est, ut navis probis iisque solidis et firmis anchoris ac rudentibus sit instructa, in tantum ut de Jure Lubec. *l.* 6. *tit.* 2. *art.* 6. ex vitiosis navis instrumentis ortum damnum nauclerus ferre teneatur. Ast de jure Wisb. et Holland. nauclerus tempore onerationis et exonerationis mercatoribus eorumque mandatariis eos estendere, an ullum vitium habeant, illudque, si quod reperiatur, corrigere et si id facere neglexerit, omne damnum, quod onerationis vel exonerationis tempore contigerit, resarcire debet. Jus Wisb. *art.* 22. Grot. *in introd. ad jurispr. Batav. l.* 3. *part.* 30. *fol.* 143. et jus marit. *phil.* 11. *tit. de naucler. et merc. art.* 7. correspondent statuta hamburgensia *part* 2. *tit.* 14. *art.* 36. ubi etiam hoc singulariter ordinatur, quod nautae nauclerum interrogare debeant, an funes satis sint firmi, quo affirmante, ruptis postea illis, solum nauclerum de damno teneri, si vero antea interrogatus non fuerit, aut merces e funibus excidant, tunc nautas damnum praestare debere; idque similiter jus Wisb. *art.* 47. et jus Dan. *c.* 24. requirunt. Dn. Kurike ad *tit. x. art.* 3. *jur. marit. hanseat.* Caute quoque requisivere jura maritima, ut anchorae, quibus naves in portu alligantur, habeant sua signa seu indiculum vel anchorale, uti exprimit Kurike *c. l. art.* 4. *p.* 223. Eminent autem haec signa super

equis, ut ab aliis nautis ad portum tendentibus videri possint, scilicet ibi jactas esse anchoras: nautae hoc appellant *des Anckers Boyen, Dobbers, vel Woechter*. Vid. *Eroeffneten Ritter Platz Tit. der geoeffnete Seehafen. p.* 33. ubi partes interiores ac exteriores navis accurate explicatae sunt. Sic sancitum est jure marit. Suecico *p.* 4. *c.* 8. §. 2. *Wor ein Schiff vor Ancker liegt, dar soll allezeit eine Boye bey seyn, und also mit dem Tau befestiget werden, dass es recht über den Ancker fliesse.* Conf. Statuta Hamb. *p.* 2. *t.* 14. *art.* 2. Statut. Rig. *l.* 5. *t.* 2. *art.* 2. Culpam igitur et in hoc casu committunt nautae, qui talibus signis destituuntur, anchorasque ita jecerunt, ut ab adveniente navi videri non possint, et hinc aliqua collisio secuta fuerit, adeoque jure maritimo nauta de hac culpa tenetur. Vid jus marit. Suec. *c. l.* 2. §. 2. *ibi. Versaeumet ein Schiffer solches, und erwaechset Schade dadurch, so ersetzet er solchen woellig wieder.* Et Stat. Hamb. *c. l.* ibi. *Liegt auch einig Ancker ohne Boye oder Abzeichen, und dahero Schaden entstünde, denselben bessert derjenige, der seinen Boye nicht geleget.* Jure vero Wisb. si quis tali signo destituatur, ad dimidiam damni tenetur, art. 80. *Kommet ein Schiff in den Amsterdamischen oder andern Hafen, solches soll einen Dobber auff seinen Ancker haben, hat es den nicht, und Schaden davon kaeme, so soll er solchen halb bessern.* Concurrere quodque solet circa anchoras alia culpa, quamvis non adeo magna sit, si scilicet per incuriam naucleri haec signa iterum fuerint ab anchoris avulsa, tunc enim pariter ad dimidium damni obligatur, disponente ita jur. Suec. *c. l.* §. 3. *Ist nun die Boye gelegt, aber hernach loss getrieben, eher sich ein Schade begiebt, und der Schiffer giebt keine Actung darauff, so busset er die helffte des Schadens, den er gemacht hat.* Alia adhuc culpae species est, *wann einer seinen Ancker nicht lichtet*, nec cedat advenienti navi, cum hoc commode facere possit Quid si autem duae vel plures naves in portu sint, vehementsque exsurgat tempestas, quis tun prius cedere vel anchoras solvere tenetur? jure marit. Suec. statutum est, *c. l.* §. 4 ut id faciat ea navis, quae jam anchoris affixa est, ibi: *Liegen mehr Schiffe vor Ancker bey einander, und koennen den andern durch allerhand Zufaelle zu nahe kommen, so ist derjenige, der vorn an liegt, schuldig, seinen Ancker zu lichten, es sey denn, dass er wolle vor allen Schaden stehen, der daraus entstehen koente.* Quamvis si haec collisio non facile metuatur, adveniens navis ita suas anchoras ponere debeat, ne prior navis vel anchora damnum sentiat, alias enim ad totum damnum impacta navis obligabitur. Quod si vero per turbinem atque tempestatem navis non potuerit anchoris firmari, sed in aliam fixam impulsa fuerit, duorum mercatorum arbitrio hujus damni reparatio est committenda, a quo scilicet illa fieri debeat. Consulat. Marc. *c.* 197. *p.* 237. *c.* 199. *p.* 239. *et sqq.* ubi plura de damno propter amissam vel non recte factam anchorarum projectionem dato habentur. Notarunt vero jura maritima et talem culpam circa anchoras commissam, veluti si portus ita angustus sit, et duae naves ibi anchoram jecerint, periculum vero adsit, facile inde aliquam collisionem exoriri posse, si quis non justo tempore anchoras solverit. Quis autem prius solvere debeat, de eo consule stat. Hamb. *c. l. art.* 2. ibi: *Liegen Schiffe bey einander in einem engen Hafen, und derjenige, welcher seinen Ancker am ersten geworffen oder gesetzet hat, zu dem andern, so zuletzt gesetzt hat, spricht: er möge seinen Ancker liechten, und ferner absetzen, denn er liege ihm zu nahe, wegert sich derselbe das zu thun, so mag der andere das Ancker liechten mit seinem Volck, hindert oder verbietet der andere, solches zu thun, koemmt Schade davon, den soll der bessern, der das hindert.* Ne autem ll. rhodiorum hic obliviscar, multas alias culpae partes in iis attendere licet, quae hic ad collisionem in portu contingentem commodissime applicari poterunt. Ita autem se habet. *l.* 36. hujus juris navalis: quod si interdiu navis in portu damnum perpetiatur, decisum est, omnem tam collisionem, quam interitum ad exercitorem pariter et vectores spectare. Quod si autem noctu res acciderit, qui vela laxaverit, ignem accendat, si igne destituatur, clamores edat. Quae si facere neglexerit, et navim perire contigerit, se ipsum perdidit. Quodsi vero curator negligens fuerit, et excubiis agendis praepositus obdormierit, qui expansis velis navigat, velut in brevia delatus perit et damnum ei praestet, in quem impetum fecit.

§. 19. Ad damnum culposum navi in portu quiescenti contingens, pertinet illud quoque, quod datum est ob absentiam naucleri, noctu inprimis, si praeter necessitatem navem relinquat, neque aliis idoneis eam committat, ut vel inde collisio quaedam sequi possit. Ita enim navis cura naucleri commendatur, ut ne quidem per unicam noctem discedere ex navi possit sub poena arbitraria. Si vero necessitas exegerit, non datur ipsi potestas alium navis directorem constituendi, sed inspectionem interim committere debet proretae *dem Haubt Bossmann* et aliis officiaris nauticis, quotquot ad hanc inspectionem opus est, Ordin. Hans. *tit.* 3. *art.* 3. Statut. Hamb. *p.* 2. *t.* 14. *art.* 29. ubi additur, quod si ob absentiam nautae navis submersa fuerit, et aliquis ex navi perierit, capite plectendum esse nautam. Quod si vero interdiu nauta ad emenda necessaria esculenta vel alia e navi exierit, et interim turbo veniat, navim arripiens, et in alteram impellens, tunc licet absentia nautae dederit occasionem huic damno, cum tamen ipse justam exeundi navim habuerit causam, et sic in re licita versatus fuerit, propterea jure excusatur. Koppen. *dec.* 36. *n.* 13.

§. 20. Quod ad dolum attinet cui navis in anchoris consistens exposita est, videmus illum committi in furto anchorarum, qualem casum suppeditat. *l.* 2. juris navalis Rhodior his verbis: si nauclero consentiente, navis alterius anchoras in portu vel littore stationem habentis, nautae rapuerint, atque inde navem anchoris spoliatam perire contigerit, his accurate probatis, omne damnum, quod navigio, et eis, qui in eo sunt, accidit, naucleros ille, qui rapinam fieri permisit, in solidum praestet. Conf. Consulat. mar. *c.* 243. *art.* 1. ubi additur, quod talis nauta anchoram vel etiam ejus anchoralia, de Tekens, Dobbers, of Boyens abripiens, ut fur conveniri possit ibi: ja de Schipper, die de Anckers hebben toe behoert, kan, in dien he will, den Schipper, die sulcks heeft gedaet, of door andern laten doon, vor het Gerecht roopen, en beschuldigen van dieverey. Idem dispositum de raptoribus indiculorum funium, quo et hi funes ab illis videri possint atque evitari collisio.

§. 21. Uti autem navis in aliam in portu constitutam impacta, sibi plerumque imputare debet damnum, ita nec nauclerus fixae navis tenetur anchoras suas solvere vel rudentes abscindere, praesertim magna tempestate. Hinc saepe fit, ut licet collisio revera non consequatur, tamen per istam collisionem velificans navis damnum patiatur, quo casu putat Taco van Glins *in citat. saepe notis ad jus marit. ad t. 4. art.* 2. nautam navis, qui damnum a se avertere vult, minime conveniri posse, quia unusquisque ad damnum a suis rebus avertendum adstringitur, et vis vi repellenda, *l.* 3. *ff. de just. et jure.* quod sub nomine inculpatae tutelae in jure venit, *l. 1. c. unde vi*, defensorque propriae salutis in nullo plane peccasse videatur, *l.* 3. *c. ad l. cornel. de sicar.* Hic autem nauta periculum a se amoliendo jure suo usus est, et hinc nemini facit injuriam, *l.* 55. *ff. de r. j. l.* 1. §. 12. *ff. de acqu. et qu. pluv. arc.* Accedit, quod si navis ita alteri obvia vehementiori cursu utatur, facilior fiat collisio, ipsa vero navis fixa, funibus abscissis, maximo periculo subjiciatur.

§. 22. Suppeditat quoque supra alleg. *l.* 29. *ff. ad l. aquil.* aliam speciem incursionis, cujus paucis hic injicienda est mentio. Quaeritur autem in *d. l.* §. 3. quid juris sit, si navis in retia piscatorum incurrat? et deciditur, nauclerum incurrentis navis hoc casu ad retia piscatorum sarta et integra restituenda cogi posse. Num vero ad piscium aestimationem simul conveniri possit, dubium inde videtur, quod piscator ita a piscium captura impeditus fuerit, quos tamen, si retia non fuissent lacerata, cepisset. Sed recte in *d. l.* asseritur, piscium aestimationem peti non posse, ideo, quod nondum capti fuerint, atque sic nulla quaestio esse possit de eorum jactura, incertumque plane sit, an illi pisces caperentur, cum potuerint multa accidere, ne plane caperentur. *l. si jactum* 12. *ff. de act. empti. l.* 5. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom.* Vocca. *vol.* 2. *disp. jur. sel. c.* 122. *n.* 10. 11. Ejus autem, quod interest, sive in lucro cessante consistat, sive in damno emergente, certa esse debet ratio et probatio, *l. ult. ff. de praetor. stipul.* alias enim non debetur.

§. 23. Affinis culpae est imperitia, cum non ambigui juris sit, vitio ac culpae nautarum vertendum esse, qui non impetu ventorum, aut tempestate coactus, sed ex imperitia in aliam navem, vel in vada seu scopulos incidit, navimque fregit, ut adeo propterea merces vel deteriores redditae vel plane amissae essent. Imperitia enim ideo culpae annumeratur, quod nemo affectare debeat id, in quo intelligit, vel intelligere debet, imprudentiam suam aliis periculosam futuram. *l.* 8. §. 1. *ff. ad l. aquil.* Petr. Gregor. Tholos. *in syntagm. jur. l.* 29. *c.* 10. *n.* 20. de hoc casu ita loquitur: extat judicium nauticum hujus seculi, ut si magister navis ex imperitia in agenda navi erret, et ea ratione deterior fiat, mercatoribus inde damno affectis teneatur damnum resarcire, si solvendo sit, si autem non sit, capite plecti debeat, si prius constiterit, eum non esse solvendo. Praeficiat ergo navis dominus talem nauclerum, qui exactam habeat notitiam maris, ejusque syrtes ac brevia noverit declinare, projecto bolide saepius explorando maris profunditatem. Noscat situm scopulorum, quibus multa maria sunt horrida, ut infesta prominentibus, vel latentibus scopulis, vadosa ac sicca vitentur, uti famigeratum est saxum illud prope insulam Oelandiae, *die Schwedische Jung Frau* dictum; notae sunt syrtes Bornholmianae, et quae alia sunt, quibus mare saepe abundat, periculosa loca. Patet exinde, quantum situm sit in naucleris vel nautis rei maritimae peritis; ut hinc omnino in eorum scientiam et artem inquirendum sit, antequam muneri, ex quo saepe tot hominum salus dependet, adhibeantur. Nauclerus enim imprimis pixidis nauticae, maris et aquarum navigabilium, navemque ducendi et gubernandi, nautasque regendi peritus esse debet. Imo et turbinum signa ante praenoscere, ipsius est officii, qua parte naturalis philosophiae tota est adhibenda solertia, qua ventorum tempestatumque coelesti ratione natura colligitur. Nam secundo spiramine optatos classis invenit portus, adverso stare vel regredi, aut discrimen sustinere compellitur. Conf. *ordin. hans. tit.* 3. *art.* 1. Non ergo profiteatur quis navigandi artem, qui illam ignorat, nam et vita nautica professio est, *l. cum navarcharum.* 6. *c. de navicul.* Straccha *de naut. p.* 3. *n.* 33. dn: Praes. *in usu forensi ad lib.* 14. *ff. de exercitor. act.* §. 7. Saluberrime hinc in Gallia constitutum, ut nauclerus non prius navi praeficiatur, nisi ante jam aliquot itinera trans mare absolverit, atque a professore hydrographiae et aliis magistris navium dignus ad illam spartam subeundam judicatus fuerit. *Ordonnance de Louys XIV. lib.* 2. *tit.* 4. *art.* 1. Obligantur inde navarchi ad certa loca ipsis incognita saepe iter suscipientes, ut certos ibi vadorum exploratores, *piloten s. Lootsmaenner* dictos, conducant, qui locorum istorum gnari instar vatorum seu ducum itineris esse possunt, quo hi nauclerum instruere atque de periculo evitando admonere possint. Quod si vero pilota s. vadorum explorator tale quid in se susceperit, ejus tamen scientiae sit ignarus, capite potest plecti. Consulat. Mar. *c.* 247. ibi: sal van stonden an syn hoost verliesen sonder Gnade, of Verschoning. Idem Amstelodami reperitur esse statutum in den Handvesten, Privilegien, Octroyen, Costuymen, en Willekeuren der stad Amstelredam *p*, 3. *l.* 5. *t.* 10. *p.* 658. *edit. de a.* 1663. Quamvis hoc non ita simpliciter intelligendum esse existimem, sed judex maritimarum controversiarum, adhibitis hujus artis peritis, ad omnes circumstantias probe respicere, atque quale damnum illatum fuerit, num et homines ob istam ductoris navium imperitiam perire necessum habuerint, considerare debeat.

§. 24. Quod si contingat, aliquem maligno animo et ex proposito navim suam in aliam immittere, nullum est dubium, quin ille de omni damno teneatur insuperque poena aliqua affici possit. Concurrit autem dolus vel ipsius nauclerii, si is forte lucrandi animo navim suam in aliam immittat vel in scopulos cursum dirigat cum sibi de mediis evadendi jam ante prospexisset. Qualem casum aliquando Lubecae contigisse refert Gerdesius in disp. *d. naufragio, naufragorumque jure c.* 2. §. 3. ubi nauclerus quidam jussu exercitoris voluntarium fecerat naufragium, ne scilicet domino navis aut mercium venditarum pecuniae maximam partem consumptae et dilapidatae rationem reddere teneretur. Vel adest dolus tertii cujusdam, veluti si piscatores noctu lumine *seminus* ostenso, fallant navigantes eos quasi in portum aliquem delaturi, eoque modo in

periculum naves, et qui in eis sunt, deducant, sibique execrandam praedam parent. *l.* 10. *ff. de incend. ruin. naufrag.* Aut si quis dux itineris electus erat, reliquas naves in loca periculosa pertraxit, ipse vero noctu extinctis luminibus cursum mutet, caeteraque navigia praesentissimo naufragio exponat, it. si navim vetustate aut alio quodam vitio valde corruptam alteri ea mente quis locaverit, ut naufragium faceret. Quo spectat nefandum illud impii Neronis facinus, jubentis navim componi, quae, in ipso mari soluta, matrem Agrippinam effunderet, sceleris illius ignaram, Tacitus *lib.* 14. *annal. c.* 3. Et horum omnium est poena capitalis, *l.* 3. §. 8. *l.* 4. *in pr. l.* 10. *ff. de in end. ruin. naufr. l.* 3. §. 4. *ff. ad l. Cornel. de sicar.* tum, quia latrocinii quoddam genus est, quod severius vindicari eo magis tranquillitati publicae expedit, quo magis omnium gentium interest, ea loca, per quo vulgo iter fit, semper eamdem securitatem habere, *l.* 1. §. 2. *ff. de his qui dejec. vel effuder.* et sine metu ac periculo per itinera commeari, *d. l.* 1. §. 1. tum quia damnum fecisse, et mortem intulisse credendus est, qui occasionem praebuit, *l.* 30. §. 3. *ff. ad l. aquil. l.* 15. *ff. ad l. cornel. de sicar.* Elegans de illo casu textus est in jure maritimo suecico *part.* 3. *c.* 6. *Wolte jemand so geitzig seyn zu einem morderischen Gewinn, dass er unterm Schein von Fischen bey Nachtzeiten auf dem Bothe oder einer Klippen ein Feuer anzundete, oder auch allerhand Griffe gebrauchete, dass er dadurch die Seefuhrende von ihrem Cours an Grund verleitete, so dass das Schiff, Gut oder Volck dadurch zu Schaden und Unglück kaeme, derselbe wie auch alle die so mit ihm in Rath und Gesellschafft gewesen, sollen am Leben und Eigenthum nach. Art und Weise, als der Schade und die That grob und gross zu seyn befunden wird, gestraffet werden*: vid. Gerdef. *c. l.*

§. 25. Removendum quoque hic est illud, quod legenti supra dicta suboriri possit dubium, an scil. dum semper de casibus in mari contingentibus locuti sumus, etiam haec applicari possint ad flumina? Quod sane omnino fieri potest; cum enim mare sit aggregatio multarum aquarum, nullum est dubium, amnes quoque et flumina hoc sub sensu generali comprehendi posse; perinde enim est, an navi fluviatili, an maritimae aliquis praepositus sit, quod et agnovit Ulpian. *in l.* 1. §. 6. *ff. de exercitor. act.* ubi dicit: *navem accipere debemus, sive marinam, sive fluviatilem sive in aliquo stagno naviget, sive schedia sit.* Accedit et ratio decidendi generalis, quae in omnibus legibus maritimis concurrit, cum nulla appareat ratio, quare diversitas jurium ratione collisionis navium in fluminibus obtinere debeat, dum iisdem periculis et culpa, vel dolo, casuque fortuito proventientibus subjacent in flumine navigantes. Faciunt huc expressa verba juris maritimi Wisbyens. *art.* 48. *Offte gebeurde dat twee Schepen binnen of buyten Lands Zeglende int Zeylende malkander an boort quaamen.* Conf. Taco van Glins ad hunc locum. Unde in Belgio tales navigantes fluviatiles vocantur *Binnen Landsfahrer.*

§. 26. Quemadmodum autem hodie varia navigiorum genera inventa sunt, et cum primum connexis trabibus mortales navigarent, jam tot species navium videre liceat, quas ingenii solertia locis et temporibus aptas excogitavit. Ita puto, ob justam interpretationem omnia ea, quae de navibus in genere disposite, etiam generaliter ad omnia navium genera applicari posse, cum jura maritima nihil specialiter in hoc casu de forma navium ordinaverint. Illud etiam notandum, quod in quibusdam civitatibus portus procul (uti Gedani portus milliari ab urbe situs est) ab urbe distent, flumina vero tantae profunditatis non sint, ut naves ea subire et merces ad locum destinatum perferre possint, *l.* 13. §. 1. *ff. locat.* ideoque subsidio aliarum navium lato alveo fabricatarum, quas carabos vocant (*Bording*, *Prame*, *Lichter*) levandae et evacuandae sunt a quo genere navium nauta dicitur carabita *ein Bordingsführer*. In collisione igitur duorum caraborum pariter ad culpam et ad casum fortuitum attendendum est, prout quoque fecit magnificus senatus reipubl. Gedan. in ordin.

Wegen der Bording, so auff der Reede im ungestümen Wetter bleiben, wer den Schaden soll tragen helffen.

Zu wissen; Demnach verspüret worden, dass offtermal Zweyungen auch wol Processe darüber entstanden, wem nemlich, wenn etwan ein Bording mit Wahren, so aus oder an die Schiffe gebracht werden, auff der Reyde geblieben, der Schade anzurechnen sey? Und aber wir von den Bürgern, Kauffleuten und Schippern ersuchet worden, ein gewisses darinn zu statuiren; als verordnen wir hiemit, wenn ein Bording oder andere dazu gebrauchte Gefaesse mit eingeladenen Gütern, im ein und aufführen, durch Gottes Wetter und Wind, oder andere unvermeidliche Zufaelle in Unglück gerathen mochten, dass nicht diejenigen alleine, denen die verlohrne Güter gehoren, sondern das gantze Schiff und alle Güter insgemein, für welche das Schiff gefrachtet ist, sie seyn im Schiffe oder nicht, solchen Schaden proportionaliter tragen söllen. Wornach sich jedermaenniglich wird zu richten haben. Actum auff unserm Rathhause am 21. *Monats Tag. junii anno* 1632.

§. 27. Vidimus jam, quam variam subeant sortem naves amicae sibi invicem obviam factae, etiam tuno, quando jam putant navem in vado esse et in quiete? Sed quid de statu belli maritimi dicendum, ubi naves non solum aquarum, sed et hostium expositae sunt periculo. In ipso enim conflictu, quando naves inter sese concurrunt, videmus saepenumero fraudes misceri virtuti, dum naves incendiariae variis ignium alimentis fartae ac repletae, classem hostilium incensam Vulcano Neptunoque immolant, et saepe ultima pernicie ita superant hostem, ut omnis vires recolligendi spes praecidatur, armaque simul et bellum conficere cogantur. Dn. Praes. in *diss. de jure navium vol.* 1. *disp.* 11. *c.* 2. *n.* 20. Certe horrendum hoc bellandi genus tam humano generi dirum, triste ac detestabile, quam stygio humani generis hosti laetum jucundumque est, tantis homines inter se committere certaminibus, quibus omnem humanitatis sensum plusquam bellnina cavernalique immanitate exuisse videntur, ut, si possent, quicquid est infernalium furiarum et ipsas pice torrentes atraque voragine ripas alter in alterum effunderent atque immitterent, illustr. dn. Coccej. *in diss. de armis illicitis* §. 24. Hic itaque bellandi modus maxime se exserit in navibus incendiariis, *in denen Brandern* seu *Brennern*. Est autem *ein Branden* sive *Brulot, ein Schiff vom alten Schiff-*

holtz sehr leicht gebauet mit allerhand feurigen Materialien, als Schwefel, Pech, Pulver und dergl. um die feindliche Schiffte anzuzünden, gefüllet. Vocatur alias *Un navire sorcier, ein Zauber Schiff.* vid. *Ritter-Platz. tit. von eroffneten See-Hafen. p.* 162. Antequam autem, quid de tali Vulcanio concursu sentiendum sit, edisseram, non incommode discutiendum, an talibus uti liceat navibus? Sane uti omnia arma (voce hac generaliter sumpta, ita ut sub ea omnia media, quibus bellum geritur, et hostis vincitur, comprehendantur) quae non tam ad vincendum, quam ad nocendum ulciscendumque excogitantur, illicita sunt, idem de hisce navibus dicendum foret, cum videri posset, melius esse, ut naves hostium oppugnentur, expugnentur ac capiantur, quam ut naves cum multis hominum millibus in aerem mittantur, et iterum in profundum maris rejiciantur. Verum enim vero, cum illa arma in bello habeantur pro legitimis, per quae ad victoriam devenimus, et hostem ad pacem ineundam cogere possumus, hinc si haec via, hostes per naves incendiarias subigendi, necessaria visa fuerit, vel non alia tuendi juris locive ratio adfuerit, nihil hujusmodi machinarum ab exercitio belli alienum erit, illustr. dn. Coccej. *cit. diss.* §. 23. praeprimis cum jure g. jam tales naves in bellis comprobatae fuerint. Quod si igitur in bello hac ratione nostris navibus damnum datum fuerit, frustra de ejus reparatione instituitur quaestio, cum haec jure belli fiant, atque casus fortuitus sit, de quo nemo tenetur, cum sufficiat haec omnia pro salute patriae facta esse. Quod si hostis hosti nocere voluerit, sed confoederatae navi damnum dederit, *Er hat sich mit seinem Branden an seines Herrn oder Alliirten Schiff gehenckt*, in hoc casu, si culpa aliqua illis adscribi possit, qui hoc jusserunt, quod non melius, cujus navis fuerit, explorarint, tunc omnino hi tenebuntur. Aliud forte dicendum foret, si navis incendiaria damnum inferat hosti, et ex eo simul amica navis incurrat periculum et laesa sit, eo casu hoc damnum pro infortunio habendum, cum durante praelio novali saepe quis in navium qualitatem, et cujus principis sint, inquirere non possit. Quamdiu enim quis versatur in terminis licitis, etiamsi quid damni inde sequatur, non tenetur, pariter uti jure rom. cautum: si enim stipulam meam vel spinam incendam, ignis vero latius vagetur, tenebor, si argui possim imprudentiae, secus si illud prudenter egero, et forte inopinato extendatur ignis, *l.* 30. §. 3. *ff. ad l. aquil.* Conf. Tesmar. *ad Grot. l.* 2. *c.* 17. §. 12.

§. 28. Restat ut adhuc aliam navium collisionem perpendamus. Saepenumero naves falsis velis utentes, atque amicas se simulantes aliis damnum inferunt. Quemadmodum autem principes et respp. peculiaria sua habent insignia, ut per haec ab invicem distinguantur, ita et in mari se res habet, ubi quaevis natio peculiaribus suis velis utitur: *Jede Nation führet ihre besondere Flaggen und Wimpels zur See*, adeoque *die Flaggen* nihil aliud sunt, quam insignia navium, quae propterea adhibentur, ut facilius dignoscantur naves, cujus sint, atque non solum unicuivis navigan-ti debita sua tribuatur reverentia, sed et hostis ab amico discerni possit. Quae autem quisque rex, princeps vel respubl. in toto terrarum orbe navibus mare frequentans signa habeat, videri potest *im Eroffneten Ritter-Platz, p. cit. p.* 10. Licitum vero esse de jure n. contra hostes falsis velis uti, exinde probetur, quia rebus aliter uti licet, etiamsi praevideamus, ut alter inde falsam concipiat opinionem, Grot. *l.* 3. *c.* 1. §. 2. *et* 4. Res enim non certam semper naturam sua et per se, sed dubiam quandoque et ambiguam, quia pendent ab arbitrio utentis, significationem continent, nec imponunt illam necessitatem vel obligationem, qua quis tenetur eodem modo, et in eodem sensu et intellectu iis uti, quippe nullo jure devinctus sum, ut ad alterius arbitrium ejusmodi signa eo sensu adhibeam, quem alter eorum usu posset concipere nisi jus aliquod in meas actiones haberet, quo posset a me exigere, ut hoc non alio modo eadem adhibeam, dn. van der Muelen *ad c. loc. Grot.* Sed hodie vix adhibere licet falsa insignia, etiamsi in bello id fiat, nisi quis ex necessitate, quod non aliter hostium manibus effugere possit, eorum insignia ad suam salutem arripiat. Severe quoque de jure maritimo navarchis injungitur, ne insignis adhibendis varient, et mox haec, mox alia adhibeant insignia, cum unaquaeque navis ea tantum, cujus principis est, prae se ferre debeat. In ordinatione maritima *Ludov. XIV. tit.* 9. *liv.* 3. *art.* 5. tales naves pro piraticis habentur: *Tout Vaisseau combattant sous autre pavillon, que celuy de l' etat, dont il a commission, ou ayant commission de deux differens princes ou etats, sera aussy de bonne prise, et s' il est arme en guerre, les capitaines et officiers seront punis comme pirates.* Nemo ergo hostem se simulare atque ejus insignia maritima assumere debet, pariter uti in militia terrestri militibus injungi solet: *dass keiner des Feindes Farbe oder Feldzeichen tragen soll.* vid, *Brandenb. Kriegs-R. t.* 8. *art.* 45. *Schwed. Kriegs-R. art.* 62. Quamvis haec non adeo stricte in bellis observentur, cum necessitas saepe alicui quid suadeat ad hostes eludendos, quod alias permissum non est; si tamen hae fraudes patefiant, vix poenam piratis alias debitam effugiunt. In jure nostro rom. insignem habemus textum *in l.* 1 *c. de navib. non excus.* ubi dicitur: *multi naves suas diversorum nominibus et titulis tuentur, cui fraudi obviantes praecipimus, ut si quis ad evitationem publicae necessitatis titulum crediderit opponendum, sciat navem fisco esse sociandam. Nam ut privatos quoque non prohibemus habere navigia, ita fraudi locum esse non sinimus, cum omnes in commune, si necessitas exegerit, conveniat, utilitatibus publicis obedire, et subvectionem sine dignitatis privilegio celebrare.* Quantis autem fraudibus utantur saepe navigantes, novellae nobis ante aliquot, menses retulerunt; cum quaedam turcicae naves, sumptis et simulatis insignibus anglicanis, ora Calabriae infestaverint, multosque homines secum in servitutem abduxerint, ex quibus pulchriores foeminei sexus incastissimis amoribus imperatoris turcarum consecrati Gynaeceo, *dem Serraglio* inclusi fuerunt. Imo nemo privatorum potest absque crimine falsi abuti insignibus principis vel reipubl. et falsis velis uti ad decipiendum alterum; *arg. l.* 27 §. *fin.* ibi: insignibus illicitis usus. *ff. ad l. Cornel. de fals. l.* 1. *et* 2. *c. ut nem. privet.* quo casu mercatorus, si merces ablatae aut deteriores redditae, etiam dominis mercium damnum resarcire tenetur, non enim debet nauterum audacia et culpa obesse dominis mercium, *l.* 3. *c. de naut. foen.* Strauch. *de naut. p.* 3.

n. 23. Quod si ergo navis genuinis insignibus instructa in aliam falsis utentem incurrat, damnoque eum afficiat, a culpa laedens immunis erit, cum alter nauclerorum sibi imputare debeat, quod in re illicita versatus fuerit: si vero invertatur casus et falsis velis utens damnum dederit navi genuina habenti insignia, tunc haec omnino restitutionem damni quaerere poterit, quia non ex marinae tempestatis discrimine, sed ex alterius facto doloso damnum sensit, dolusque nemini prodesse debeat, nisi excipere velis casum, *da einer sich durch Chalouppen besser erkundigen konnen ob es ein feindl. Schiff sey*, quale quid fieri solet, cum dubium est, qualem quis se gerat, nec constet, hostisne an amica navis sit; quamvis hoc non ita simpliciter dicendum sit, cum navis extra belli necessitatem maximam, simulatis velis utens, piratae instar habeatur, adeoque ista exceptio de vere hostili navi intelligi possit.

CAPUT III.

De probatione damni per occursum navium dati.

SUMMARIA

Quis probare debeat in genere? §. 1.
An dolus vel culpa praesumatur, an vero ab allegante probanda sit? §. 2.
Quid si utrinque culpa allegatur? §. 3.
Quidsi per confessionem naucleri vel testes probetur, naufragium? §. 4.
An hic admittantur testes parte non citata? §. 5.
An etiam naufragium per unum testem probetur? §. 6.
Quid si omnes nautae submersi fuerint, quomodo interitus eorum probabitur? §. 7.
An nauta intra annum testes producere debeat? §. 8.
An juramentum purgatorium hic locum habeat? §. 9.
Quomodo deferatur hoc juramentum? §. 10.
De concursu juramenti suppletorii et purgatorii. §. 11.

§. 1. Cum in praeced. cap. varios, quibus damnum inter occurrendum navibus contingere potest, recensuerimus casus, atque quot modis id fiat, examinaverimus, agendum jam erit de damni ita dati probatione. Quodsi enim res quaedam in judicium deducatur non dixisse sufficit; damnum datum esse, sed et probasse necessum est. Probatio enim navicula est, quae ducit ad portum, cum in ea finis et exitus controversiarum consistat. Ea autem est probationis natura, ut semper factum aliquod praesupponat, quod probandum est *l.* 16. *l.* 23. *c. de probat.* quia quae juris sunt allegari debent, non probari regulariter: sunt enim ea vel debent saltem esse judici nota, *l.* 2. *ff. de jur. et fact. ignor. l.* 2. §. 34. *ff. de o. j. et l.* 9. *c. de ll.* Factum ergo qui allegat, illud probare debet, cum facta non praesumantur, nisi probentur. *l.* 19. *ff. de probat.* et alleganti vel dicenti probatio incumbat, per jura notissima. Conf. Mascard. *de probat. vol.* 1. *concl.* 78. Imo licet nota sint judici facta, nihilominus oportet ea quoque aliis fieri manifesta. Nam quae novit judex ut privatus, in judicio non sufficiunt, nisi et ea cognoverit ut judex, i. e. nisi probata sint. Perez. *ad tit. c. de offic. rect. prov. n.* 8. Cum autem in judicio actor plerumque tales vices subeat, ut contra reum aliquid proponat, hinc ille quoque a probatione se excusare nequit, si reus id neget, neutiquam vero a reo negante exigi potest probatio, cum negantis factum per rerum naturam nulla sit probatio. *l.* 10. *c. de non num. pec. l. actor quod asseverat* 23. *c. de prob.* Conf. Pacianus *de probat. l.* 1. *c.* 6. *n.* 1. Unde in dubio semper actorem tamquam affirmantem probationis onus in se suscipere teneri, actoreque non probante reum absolvi, patet ex *l. qui accusare c. de edendo.*

§. 2. Ex dictis jam fluit, illum qui dolo, culpa vel casu fortuito collisionem navium factam esse asserit, ad probationem ejus obligari, *l. quoties.* 18. §. *qui dolo.* 2. *ff. de prob. l.* 3. *in fin. ff. de tributor. act.* Ulpianus in *l. sed ex dolo.* 15. §. *ult. ff. de dolo malo.* De casu fortuito locus est ordinarius *in l. si creditor.* 8. *c. de pignor. act.* ad quam l. eleganter scripsit Salicetus: quaedam sunt, quae facile et frequenter eveniunt sine culpa possessoris, ut vis hostium, *impetus aquarum*, *vis ventorum* et tempestas, et in his sufficit probare casum. Quaedam vero sunt, quae sine culpa praesumpta non facile eveniunt, ut furtum, *l. cum duobus.* 52. §. *damna. ff. pro socio.* item incendium et in his, quia casus dolum habet annexum et commixtum, is, qui casum allegat, debet tale quid probare, propter quod culpa excludatur. Conf. Straccha *de naut. p.* 2. *n.* 6. Quod si ergo in judicio naufragi, eorumque haeredes moveant litem adversus nautam, cujus dolum vel culpam accusant, tunc requiritur firma et indubia probatio, duorum vel trium nautarum depositione. Et quidem illo in casu, ubi de dolo ipsius nautae agitur, eo firmior probatio necessaria est, quia criminalis est actio, per textus *supra c.* 1. §. 24. adductos, quae probationes luce meridiana clariores natura sua desiderat, *l. fin. c. de prob.* Aut ipse nauta naufragium passus illud probare vult coram magistratu loci, ubi naufragium factum est, vel uti communiter fit, coram admiralio, Christinaeus *vol.* 5. *decis.* 64. *n.* 17. et hic non tenetur probare culpam adfuisse, sed sufficit probasse naufragii casum, *l.* 2. *c. de naufrag.* et dn. Brunnem. *in comment. ad h. l. n.* 3. Quo facto, dominum postea merces petentem, innocuae amissionis exceptione repellet, Christinaeus *vol.* 5. *decis.* 65. *n.* 3. Straccha *de naut. p.* 2. *n.* 6. Non ergo praesumitur dolus vel culpa, uti hactenus demonstratum; cui accedit et haec ratio, quod in dubio semper sit capienda illa interpretatio, per quam excluditur doli vel culpae praesumptio. Quod si autem controvertatur, quidnam potius, utrum dolus an culpa praesumenda sit, tunc potius pro hac praesumendum esse, evincit eadem generalis regula adducta de praesumptione delicti exclusiva. Mascard. *concl.* 467. *n.* 1.

§. 3. Si autem utrinque culpa in naufragio allegetur, eademque ab actore et reo admissa esse videatur, tunc, controversia ad judicem delata, admittenda erit probatio et reprobatio, vel ut eo citius expediatur processus, utrinque probatio simul injungi solet, quo inde judex elicere possit, cuinam culpa adscri-

benda sit, et quis tunc ad ejus reparationem conveniri debeat, ad instar judiciorum duplicium, actionis familiae herciscundae, communi dividundo et finium regundorum, cum enim in his judiciis uterque tam actoris quam rei vices sustineat, unde nomen duplicium judiciorum hae actiones sortitae sunt, licet ratione processus pro actore habeatur, qui primum ad judicium provocavit, perinde tamen est, quis probationem suscipiat, cum uterque probare possit, terminos ita esse statutos, hanc vel illam rem ad haereditatem pertinere etc.

§. 4. Inter modos probandi incursum navium maxime faciunt confessio adversarii, testes, et juramentum, liberumque actori est, quam probandi viam eligere atque ingredi velit, quamvis nihilominus verum maneat, quod confessio partis anteponatur omnibus aliis probationibus, *l.* 1. *c. de confess.* Quando ergo reus hoc in casu delictum et culpam suam confitetur, libenterque velit damnum, prout aestimabitur, resarcire, laesus vero nimis aestimet damnum ex affectione, quam habet in rem amissam, aut ex quadam contumacia, tunc judex secundum communem valorem damnum aestimare tenetur. *l.* 22. §. *ult. cum l. seq. ff. ad l. aquil.* Imo peritos naucleros et nautas hoc in casu commode consulere potest, ut hi damnum datum computent, ut sic secundum illorum taxationem judicare possit. Vid. *Aenmerckingen over de Zeerecht Tacon. van Glins. p.* 98. Quod ad testes attinet, culpa magistri satis luculenter probatur ex contestibus nautis, optime comprobantibus, etiamsi sint singulares. Rocc. *disp. jur. select. v.* 2. *c.* 98. *n.* 3. Aut enim disputatur de ipso naufragio, utrum culpa naucleri, an casu contigerit, aut de amissis mercibus. Si de ipso naufragio, audiendi sunt vectores, si qui ex periculo emerserunt, vel alii, qui in littore periculum observaverunt, rejectis nautis, ut sociis, *l.* 3. *in f. c. de naufr.* Perez. *hic n.* 12. Si de amissis mercibus, nautae probatae fidei duo vel tres audiendi sunt. Quoties enim, obruta vel submersa fluctibus navi, examen adhibetur competentis judicis, duorum vel trium quaestione habita, caeteri ab hujusmodi nexu liberentur. Quid est enim, quod non abunde intra praefinitum numerum solers quaesitor inveniat? Circa magistros navium, quibus est scientia plenior, immoretur, qui si fatali sorte defuerint, in alios inquisitio transferatur. Cumque durum sit, afflictionem addere afflictis, luctuosum simul, naufragos in alienam regionem dejectos, prolixa lite detinere, hinc judex in cognitione et decisione causae festinabit, testes audiet, eorum testimonia recipiet, in quorum notitiam id, de quo quaeritur, pervenit.

§. 5. Quamvis alias in processu receptum sit, ut ad testium examen non procedatur, nisi citata etiam parte altera, quo haec videat testes examinari, *l.* 47. *ff. de re judic.* et ita contra testium personas vel dicta excipere possit. Singulare tamen aliquid in naufragiis obtinet, nempe, quod casum naufragii probent testes, etiamsi fuerint examinati parte non citata, quantumvis de ejus praejudicio agatur, Bartol. *ad l.* 2. *c. de naufrag.* Christinaeus *vol.* 5. *decis.* 65. *n.* 7. *seqq.* Rocca *vol.* 2. *disp. jur. sel. c.* 97. *n.* 2. Straccha *de naut. p.* 2. *n.* 7. Et quamvis aliqui putent, haec non procedere in eo casu, quando in loco, ubi naufragium evenit, et ubi testes recipiuntur, pars fuerit parum absens, Gabriel *in suis communib. de citat. concl.* 1. *limit.* 18. Mascard. *de probat. concl.* 682. *n.* 21 bene tamen, si naufragium in dissitis partibus fuerit factum. Sed cum ita hoc etiam ad alium casum in remotis partibus occurrentem applicetur, nullum singulare esset in favorem nautarum constitutum, si ad instar aliarum causarum testes hic admittantur, cum insuper summarius processus maritimus non permittat, multis citationibus testes ad testimonium deponendum convocare, hinc puto, etiam in prioribus partibus testes super naufragio posse non citata parte recipi, uti voluit Bertazzol. *consult.* 348. *n.* 6. vid. Graevaeus *in concl. pract. concl.* 48. *n.* 2.

§. 6. Si nauta ipse et magistri navis eorumque liberi imo omnes praeter unum perierint, huic uni, concurrentibus aliis adminiculis, fides habetur. Et licet hoc regulariter prohibitum sit per *l.* 9. §. 1. *c. de testib.* ibi: *simili modo sanximus, ut unius testimonium nemo judicium in quacumque causa facile patiatur admitti: et nunc manifeste sancimus, ut unius testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat.* In hoc tamen lugubri et funesto casu, ubi non alia se offert probationis facultas, aliud obtinebit, licet enim ejus, qui ex naufragio emersit, testimonium de naufragio unicum et singulare sit, cum nemo praeterea adsit, qui per sensum visus deponere possit de hoc naufragio, et hinc sufficienter videatur probationem facere non per se, admotis tamen aliis adminiculis, quae partim ex aliorum testimoniis, partim ex fama vicini loci, partim ex rei evidentia deprehenduntur, dubitatio nulla est, quin huic testi, quamvis uni et soli, plena fides adhibenda sit. Neque enim ita praecise et semper verum est, uni testi fidem adhibendam non esse; cum multi dentur casus, ubi unus testis plene probat, uti e. gr. matrimonium consummatum esse, unius e. gr. proxenetae asserto plene probari potest. Carpz. *in jurispr. eccles. l.* 3. *tit.* 4. *def.* 50. *n.* 9. *et* 10. Similem quoque favorem habet defensio rei, cum unus testis ad probandam innocentiam sufficiat, Carpz. *pr. crim. qu.* 33. *n.* 41. Wesenb. *lib.* 1. *cons.* 19. *n.* 21. Conf. dn. Horn. *in diss. de probatione plena per unum testem*, quae et reperitur in novissima *Paciani* editione. Add. Durandus *in speculo juris lib.* 1. *part.* 4. *tit. de test. rubr. de testium numero* §. *restat. n.* 8. *et seq.* ubi 30. casus speciales recenset, in quibus dicto unius testis fides adhibetur. Ergo in judicis arbitrio seu facultate positum est, si vel qualitas personae, vel etiam qualitas causae id ei suadeant, concurrentibus aliquibus aliis adminiculis, uni testi fidem adhibere *l.* 3. §. 2. *ff. de testib.* praesertim cum de facto proprio deponit, ut est in proposito, cum deponat de naufragio, quod ipse passus est, cujus probatio secum trahit probationem eventus hujus periculi, omniumque maxime, cum res, de qua agitur, versatur in difficultate probationis, ut est inter alia naufragium in vasto Oceano, quod raro spectatores habet, ideo per alios difficulter probari potest, et sic illius probatio confici potest quocumque meliore modo, per conjecturas et praesumptiones, ut hinc sufficiat probabilis credulitas. Joh. Wamesius *cent.* 4. *consil.* 24. *n.* 1. *et* 2. Accedit, quod in naufragio sufficiat casum probari ex naturali justitia i. e. secundum jus g. non attenta solemnitate civil. Marsil. *singul.* 24. Conf. Pe-

rez. *ad c. tit. de naufrag. n.* 7. 10. 11. Brunnem. *ad l.* 2. 3. *et* 5. *c. de naufrag.* Carpz. *in proc. tit.* 13. *art.* 3. §. 5. *n.* 31. *et seqq.*

§. 7. Quod si universos s. omnes nautas mare forte hauserit, atque de interitu nauclerorum, nautarum atque vectorum disceptetur, ne veritas lateat, a liberis nautarum, sive magistrorum intra judicia constitutis super eorum quaeratur interitu, quos navicularius naufragio periisse contendit, uti verba sunt *l.* 2. *c. de naufrag.* Cum enim hi parentibus navem parantibus communiter adsint, notitiam eorum, qui navem ingressi, facile habere praesumuntur, quemadmodum quoque liberi de parentum interitu suspicantur ex diuturna eorum absentia, si statuto tempore et consueto domum non redierint. Peck. *ad c. l.* 2. Corvinus *ad tit. c. de naufrag.*

§. 8. Tempus quod attinet, intra quod nauta testes producere debet, de jure codicis annus est, quo praeterito, non amplius naufragium testibus probare potest. Ita enim verba clara *l.* 2. *c. de naufrag.* se habent: si quis navicularius naufragium se sustinuisse adfirmet, provinciae judicem ejus scilicet, in qua res agitur, adire festinet, ac probet apud eum testibus eventum, relatioque etiam ad sublimissimam referatur praefecturam, ita ut intra anni spatium, veritate revelata, competens dispositio procedat. Quod si per negligentiam praefinitum anni spatium fortasse claudatur, supervacuas serasque interpellationes emenso anno placuit non admitti. Ex qua l. videtur dicendum esse, tantum intra annum producendos esse testes. Verum plerique commentatores *ad h. l.* ut Joh. de Platea, Rebuffus, Peckius, Peretzius, aliique dicunt, hanc legem solum restringendam esse ad nautas, qui publicas species suscipiunt transportandas, quia major strictiorque requiritur in causa publica probatio, quae negligentius peragitur, et saepe improbi nautae, vendita cum publicis rebus nave, nescio quale naufragium proponant; non autem hanc legem extendendam esse ad alios nautas, quibus non videtur defensionis auxilium constringi debere, cum defensiones sint perpetuae. Imo Angelus *ad h l.* hanc rationem quoque addit, quod si contraria sententia vera esset, sequeretur, quod actio de naufragio esset perpetua, exceptio autem temporalis, quod est falsum contra omnes juris regulas, nam omnes exceptiones sunt perpetuae, etiamsi actio sit annalis, *l. pen. ff. de doli except.* Mascard. *de probat. concl.* 272. *n.* 13. *et* 14. Quamvis mihi non displiceat sententia Bertazzoli *decis. l.* 2. *cons.* 349. *lit. b.* quod scilicet non propterea excludatur nauta a perpetua naufragii exceptione, licet jubeatur intra annum docere de illo, quia hoc debet facere, ut tollatur praesumptio mendacii, et facilior inducatur probatio, et certior fiat dominus mercium; sed si hoc non faceret nauta, et posset probare naufragium, non propterea esset excludendus ab exceptione. Et certe ille textus *in l.* 2. *c. de naufrag.* loquitur de actore nauta, non autem de reo, si verba illius recte considerentur.

§. 9. Testes excipit juramentum, quod remedium eliciendi veritatem non minus in judiciis frequens est. Imo saepius videmus hoc admitti, cum non semper testes adsint, quin potius navis una cum hominibus a fluctibus abripiatur. In navium igitur incursu non inique adhibetur juramentum purgatorium, seu, uti propter approbationem in jure canon. vocatur, purgatio canonica *c.* 33. *x. de testib. et tot. tit. x. de purgat. canon.* quando nempe, jubente judice, suspicionibus gravatus illud, quod ipsi objicitur, falsum esse asseverat, atque sic innocentiam suam purgat. Utut enim vulgatum sit, actore non probante reum absolvendum esse, *l.* 4. *c. de edend.* saepissime tamen contingit, ut actor, sufficientibus probationibus destitutus, intentionem suam quidem plene probare nequeat, sed talia tamen afferat, quae reum haud exiguis suspicionibus gravent, quibus rebus non aliter, nisi mediante juramento, se liberare poterit, dn. Praeses *in introd. ad prax. c.* 20. §. 31. Mev. *p.* 4. *dec.* 8. *n.* 11. *et dec.* 31. *n.* 6. Inprimis vero saepe culpa contra aliquem in velificatione naviam militat, maxime si navis, laxatis velis, in navem, stationem suam in portu habentem, impacta sit, cum enim illa facile hanc evitare possit magna inde praesumptio oritur, ex culpa vel negligentia nautarum invehentis navis profectam esse, quod fixa navis submersa fuerit, vel damnum acceperit. Et licet tantùm in gravioribus et criminalibus causis hoc juramentum purgatorium locum sortiatur, nemo tamen negabit, etiam in civilibus obtinere idem juramentum, si contra reos militent indicia. Mev. *p.* 4. *dec.* 8. *n.* 11. Carpz. *p.* 1. *c.* 22. *d.* 15.

§. 10. Cautum vero est jure maritimo, ut vel ipse nauclerus impactae navis tantum, vel hic cum suis nautis, mediante juramento, se culpa purget, vel si contra utrumque nauclerum et invehentis et invectae navis indicia culpae prolatae fuerint, uterque jurare tenetur, *jus maritim. dan. c.* 55. ibi: *sollen beyde Schiffer mit ihren Volck schweren, dass es unverwandt, und nicht mit Willen geschehen. Jur. marit. suec. p.* 4. *c.* 8. §. 7. ibi: *Würde solches jemand vorgeworffen (nemlich dass er den Schaden mit Willen und sein selbst verursachet, so soll er sich) schützen mit* 6. *Maenner Eyden. Comp. jur. marit. tit.* 6. *art.* 3. ita loquitur, ibi: *Und er will schweren, dass es wider seinen Willen geschehen, und er es nicht aendern können, so soll er ihm die helffte des Schadens erstatten. Jus hanseat. marit. tit.* 10. *art.* 1. *so sollen beyde Schiffer schweren, dass es nicht mit Willen, sondern unversehens geschehen.* Conf. *Reussl. Land-R. l.* 4. *tit.* 19. *art.* 4. §. 2. *Will er denn schweren, dass es wider seinen Willen geschehen, und er es wegen Wetter und Wind nicht aendern können.* Consentiunt statut. hamb. *p.* 2. *t.* 17. *art.* 6. *Der den andern Schaden thut, soll schweren. dass es ohne seinen Willen geschehen.* In casu, ubi navis, velis laxatis, in navim in portu quiescentem illius fuit, ita pronunciatum ab illustri senatu gedanensi in casu, quem supra jam. *c.* 2. §. 16. attigimus ibi: *Darff der Schipper das mit* 2. *seinen Schiffskinder erhalten, vermittelst ihren Eyden, dass er das Schiff mit den Weinen ohne seinen Willen angelauffen hat, so soll er den Schaden wieder erlegen, und was darnach von Weinen und andern Gut in dem Schiff unbeschaedigt blieben, das soll den andern Schaden tragen helffen, gleich dem Werff-Gut, darzu soll der Kauffmann die Würde seines Schadens, den er empfängen hat, mit seinem Eyde betheuren, und der Schipper soll sein Schiss lassen bessern, was es kostet, das soll ihn der andere Schiffer auch die helffte bezahlen.* Quod si autem ille, cui juramentum delatum, hoc recusaverit, pro convicto habetur, *c. inter sollicitudi-*

nes in f. x. de purg. canon. Cum quo conveniunt jura maritima, adeo ut jurare nolens, teneatur, pariter ac si culpam admiserit, cum alias, si casus fortuitus adsit, tantum pro dimidia conveniri possit. Vid. *jus marit. suecic. c.* 1. §. 7. *Fehlet ihm aber der Eyd, so stehet er vor allen Schaden, wie gross er ist.* Vid. et Comp. *jur. marit. c. l. it. Preussl. Land-R. c. l.* quae omnia idem disponunt. In casu vero, si actor nolit hoc juramentum admittere, sed probationem in se suscipere malit, hoc ipsi omni jure concessum, sive id fiat ante juramenti praestationem, sive postquam purgatorium retro praestitum fuit. Conf. dn. Praes. *in disput. de probatione contra praestitum juramentum legale*, quae et annexa est *in novissima* Paciani *de probationibus editione c.* 2. §. 6. 11. *et seqq.* Alia ratio est, si pars laesa parti laedenti in judicio, comprobante judice, detulerit, et tunc sub praetextu perjurii, etiamsi illud expresse probari possit, in foro humano non potest iterum annullari vel retractari, *l.* 1. *c. de reb. cred.* quia eo juramento praestito omnis actio sublata, et juxta *l.* 5. §. 3. *ff. de jurej.* nihil amplius quaeritur, quam an juratum, aut super praestito judicatum, et sic lis finita sit. Quod si vero judex nautae, qui damnum intulit, juramentum imponat, quod facere potest, etiam sine praescitu et voluntate partium, ad eliciendam in dubiis rebus veritatem, uti suppletorium et purgatorium, tunc si contrarium a parte, cui delatum, probetur, declinari semper potest, quia haec juramenta deferuntur ob inopiam probationis, *l* 31. *ff. de re judic.* vid. Taco van Glins *Aenmerckingenover de Zeerecht Philip.* 2. *ad art.* 3 *ad voc. contrarie vvet de toonen.* Quamvis haec elisio juramenti per probationem contrarii etiam in juramento judiciali obtineat, de quo vid. Carpzov. *in proc. tit.* 2. *art.* 5. *n.* 1. *et seqq.*

§. 11. Ex antea dictis satis jam constat, juramentum suppletorium etiam locum habere in casu collisionis navium, praesertim cum in naufragiis etiam unus testis probationem faciat. Quod si vero concurrant naucleri vel nautae laedentis et laesae navis, quaeritur quis nautarum potius admittendus sit ad juramentum suppletorium, vel ad purgatorium? Sane si unus testis tantum adsit, qui dicat, culpam admissam esse, vel etiam aliae conjecturae culpam aliquam factam esse involventes atque inducentes, actor vero nauclerus in supplementum se offerat ad juramentum suppletorium, non statim alteram partem, scilicet reum, tamquam nauclerum impactae navis praegravare poterit, ita ut mox ad damni reparationem condemnetur, cum et hic pro se praesumptiones habeat, e. g. nocte vel saeviente vento, collisionem navium processisse; ut hinc potius juramentum purgatorium locum sortiatur, quia semper in dubio causa rei est potior, juramentumque purgatorium hoc casu tendit ad absolutionem, cui jura magis favent. *l. Arrianus* 47. *ff. de o. et a.* Accedit, quod juramentum suppletorium in causa ardua tunc demum deferatur, si plus quam semiplene, seu fere plene probatum fuerit, dn. Praeses *in introd. ad prax. c.* 20. §. 11. non autem judex illud ei imponere potest, cujus semiplena probatio contraria praesumptione eliditur, Besold. *p.* 3. *cons.* 140. *n.* 26. *et seq.* Quorsum hoc casu pertinet assertio dd. quod in concursu indiciorum et adminiculorum omnis praesumptio sit delicti et culpae exclusiva, Farinac. *lib.* 1. *consil. crim.* 221. *n.* 19. Bertazzol. *l.* 1. *consult. decisiv. cons.* 226. *n.* 5. et hinc hoc casu potius ad purgatorium juramentum inclinabit judex.

CAPUT IV.

De reparatione damni per collisionem navium dati.

SUMMARIA

Quale damnum hic intelligatur? §. 1.
Quomodo dimidia computanda sit? §. 2.
An etiam exercitores teneantur? §. 3.
An magister navis vel exercitor impactae navis cedendo navem liberetur? §. 4.
An in collisione navium avariae locus sit? §. 5.
Negatur quod in tali damno locus sit avariae, sed potius damnum esse rampe dictum. §. 6.
Respondetur ad argumenta, quae pro avaria faciunt. §. 7.
Quid juris hoc casu ratione vecturae, der Fracht? §. 8.
An assecuratores quoque de collisione navium indeque secuto damno teneantur? §. 9.
De stellionibus maritimis Lorrendrayers dictis. §. 10.
Conclusio dissertationis. §. 11.

§. 1. Satis jam diximus de damno, quod per occursum navium infertur, nihil jam restat, quam ut tandem de ipsius damni reparatione, quomodo eadem facienda sit, mentem nostram paulo clarius explicemus. Quod si igitur et navi et bonis damnum illatum est, utrumque restituendum; de bonis aliquis dubitare posset ideo, quia in jure maritimo Wisbyens. *art.* 51. *et art.* 46. *van de Zeerechten van Keiser Karel et art.* 2. *Koenigs Philip. tit. van Schepen, die malckander beschadigen*, mentio tantum fit navium, quatenus hae sint reparandae, de bonis autem non exstat expresse decisio. Verum cum vox *Schade* in dictis articulis indefinite posita sit, nullum est dubium, quin eadem, quae de reparatione navis, per velificationem laesae aut submersae, sancita sunt, etiam ad bona et merces extendi possint, cum insuper nulla aliqua diversitatis ratio proferri possit, et damnum aeque mercibus, quam navi illatum sit. Ad minimum constat, ex consuetudine inter mercatores et navigantes usitata introductum esse, quod pariter damnum bonis illatum restituendum sit.

§. 2. Quodsi jam certum sit, casu fortuito navibus per collisionem damnum aliquod contigisse, atque ita dimidiam damni dati esse refundendam, ad ipsam computationem deveniri solet. Aestimatio vero et computatio fieri debet per naviculorios et mercatores hujus rei peritos, et neutri parti faventes, juxta edictum Philippi II. *tit. van Schipbreckinge* Grot. *in manud. lib.* 3. *part.* 29. *n.* 16. Amstelodami judices delegati

ad causas assecurationum, Batavis dicti *Asseurantie Meesters vel Commissaristen van de Kamer van asseurantie* arbitrorum sive aestimatorum vice ut plurimum fungi solent. Gerard. Rooseboom. *Sylloge consuetud. Amstelod. tit.* 30. *art.* 40. de Vicq. ad Weits. *tr. de avariis* §. 12. *verb. circa aestimationem.* Computatio plerumque ita instituitur, ut ambae naves, et laedens et quae damnum accepit, aestimentur, prior quanti jam constat, posterior autem, quanti ante damnum acceptum fuerit, et haec summa in unum collecta compensat damnum navi datum. Quod si bonorum quoque jactura adsit, tum etiam bona ita computantur invicem, et regulariter aestimantur merces, quanti emptae fuerunt, nisi navis cum bonis fere ad portum, ad quem iter suum destinaverat, appulisset, vel nautae mediam partem itineris jam prospero cursu essent emensi, nam tunc jure maritimo ad locum venditionis, quanti ibi vendi possent, respicitur. Vid. Consul. Mar. *cap.* 95. Conferri interim potest. Quintin. Weitsen. *cit. tr. act.* et doctissimus ad eum *commentarius* de Vicq. *c. l.* In compendio juris maritimi in specie ratione computationis damni ex collisione navium enati, ita disponitur *tit.* 6. *art.* 5. *So ein Schiff das andere anseeglet mit Unfall, also dass das eine Schiff mit seinen Gut verlohren bleibt, so soll man dat Gut, das in beyden Schiffen ist, ehe einig Schiff verlohren, auf Geld setzen, oder wardieren; denn soll man die wardierende Güter von beyden Schiffen zusammen summiren und bezahlen das verlohrne Schiff Pfund Pfund gleich, Marck Marck gleich. Conf. art.* 68. *in jure Wisbyensi.* Quamvis hoc ultimum praecipue in contributionibus secundum avariam, ad quam tamen non referimus collisionem navium, uti mox videbimus, obtineat. Add. decretum magnific. senatus gedan. hac in causa datum et infra §. 7. *sub fin.* a nobis allegatum.

§. 3. Quemadmodum autem inter praecipua, quae in rebus maritimis considerandа sunt, de exercitoribus quaestio occurrere solet, ita et de iis hic aliqua facienda est mentio, et qua ratione teneantur, inquirendum. Varie autem contra exercitorem agitur vel ex contractu magistri, vel ad damni dati restitutionem. Priori casu bene distinguendum est cum dn. Praes. *in usu forensi ad tit. de exercitoria actione* §. 3. *et* 4. an scilicet ipsi exercitores aliquem navi praeficiant, ut hic in commodum exercitorum contrahat cum mercatoribus, qui merces suas trans mare vehendas cupiunt, ut adeo contractus omnis directo tendat in utilitatem exercitorum tunc igitur, cum ad hos perveniat utilitas, justum quoque est, ut ex facto sui magistri vel naucleri juxta praepositionis legem contrahentis obligentur. Posteriori casu, si ipsi exercitores navem pro certo pretio nauclero locent, ut ille postea in sui lucrum et damnum merces transvehendas recipiat, vel aliter cum ipsis contrahat, tunc non ipsi exercitores, sed magister ille seu nauclerus tantum obligatur. Ex quo fluit, quod priori casu damnum, quantum ad ipsam navem, si haec forte perierit, vel a piratis ablata fuerit, sit exercitorum. Quantum vero ad merces ablatas, hoc ipsorum mercatorum est, quibus antea ab exercitoribus vel ab ipso nauclero expositum, qua ratione navigationem dirigere debeant, quod communiter instrumento assecurationis, *pollice* dicto, inseritur. Dn. Praes. *in us. for. c. l.* §. 5. Quod si ergo damnum per collisionem navium contigerit, videndum an navi tantum, an vero et bonis illud illatum fuerit; priori enim casu cum navis ad damni reparationem obligata sit, ut mox patebit clarius, navis vero dominium ad exercitorem spectet, isque omne ex ea emolumentum percipiat, insuper damnum absque culpa naucleri seu magistri navis datum sit, consequens est, ut exercitor quoque ad satisfactionem obligetur. De damno autem bonis in navi, in quam altera impacta fuit, illato, non tenentur exercitores, sed tunc mercatorum obligatio incipit. Iterum autem hic nudus exercitor separandus est ab illo nauclero, vel navis magistro, qui vel ipse dominus est navis, cujus simul curam habet, uti quandoque in navibus parvis seu naviculis observare licet, vel qui jam partem in nave habet, et ita simul exercitor est; tales enim navicularios libenter mercatores navibus agendis praeficere solent, ut illi eo majorem curam navis habeant, atque reliqui exercitores hunc eo commodius ad damni reparationem adigere possint, tunc enim ratione damni vel ad totius vel ad partis, habito respectu ad partem, quantam habet in nave, conveniri potest, cum quisque exercitor pro portione sua damnum resarcire debeat.

§. 4. Quod si eveniat, navem bonam omnique ornatu et apparatu instructam a viliori navi, quae vix inter angulos suos haeret, damnum per collisionem accipere, nihilominus tamen ultra navis pretium, ad dimidiam damni dati non potest conveniri magister. Quaeritur autem, an cedendo navem liberetur. Affirmativa non solum probari potest ex legibus maritimis *in* §. 6. adducendis, sed etiam in jure fundamentum suum habet; si enim damnum sine injuria aut culpa contigerit, liberatur dominus, si noxae dedat rem, quae nocuit, per *tit.* 1. *ff. si quadrup. paup.* Et licet proprie ibi tantum disponatur de quadrupedibus, potest tamen vi bonae interpretationis etiam ad alias res inanimatas trahi ista decisio, vid. *l. praetor ait* §. 1. *ff. de damno infecto* in verb. *Cum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos soleant onerare, quam ut noxae ea dedamus, multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non deberent onerare.* Deinde damnum *wird von den Schiffen halb und halb getragen*, ex quo optima ratione inferri potest, proprietarios seu dominos navis non amplius, quam pro portione pretii navis ad damni restitutionem obligari. Alias enim potuissent legislatores tantum simpliciter disponere, quod domini navis, et non naves ipsae, obligati sint. Et ita consuetudine, ac observantia inter mercatores et navigantes recepta, obtinere atque pronunciatum fuisse in senatu Amstelod. *d.* 21. *dec.* 1629. testatur Jac. Cooren *obs.* 40. *p.* 267. Conf. statut. Hamburg. *p.* 2. *t.* 17. *art.* 7. Alia vero videtur esse ratio, ubi nauclerus culpam admisit: quo casu etiam in bona naucleri, quae extra navem habet, fieri potest executio. Consulat. Mar. *c.* 294. ubi agitur de casu, si nauclerus, monentibus etiam id mercatoribus in navi constitutis, navem in portu bonis non firmaverit funibus anchorisque, et dicitur in Vers. Batava. *En so het Schiep. niet kan toerycken, en de Schipper noch eenige Goederen (buyten het selve) heeffe sullen die mede verkofft vverden, om de Schaaden der Koopluyden to volldoen.*

§. 5. Postulat jam ordo, ut nos conferamus ad difficilem quaestionem, quae fere cardo totius nostrae

disputationis est, et valde ante aliquot annos Gedani agitata fuit, num scilicet hic, ubi per casum fortuitum ex collisione damnum accepit navis, locus sit avariae, ita scilicet, ut non tantum damnum sit utrinque commune ratione nautarum et exercitorum, sed etiam ipsi mercatores sive *die Befrachter* conveniri possint, eo nempe casu e. gr. si navis utraque vel una tantum laesa fuerit bonis salvis, vel si quaedam navis mercibus instructa atque onerata in vacuam aliquam vel *ballast Schiff* (i. e. navem sabulo repletam: consueverunt enim nautae saburra, quae crassior ac vilior est arena, naves onerare ad certam usque mensuram, ut jactante fluctu stabiliores sint) impacta fuit per casum quemdam fortuitum, an et tunc bona pro reparatione damni navi illati teneantur. Rationes, quae pro hac sententia militare videntur haud de nihilo sunt, et (1) quidem videtur hoc exigere utilitas commerciorum, quod alias mercatores cum maximo commerciorum et negotiationum detrimento absterrerentur ab exercendis navibus, atque societatibus communis commercii causa ineundis, dum scil. exercitores videant ratione navium in se totum redundare damnum, mercatorum vero merces, quae in navi sunt, debere esse exemptas, ita enim quilibet abstraheretur ab exercendis navibus (2). Militat pro hac sententia consuetudo, tum quae Gedani obtinet, et quae probatur ex decretis magnifici istius reipubl. senatus, mihi vero a venerando de. patruo meo communicatis, quorum unum pronunciatum fuit. an. 1636. d. 18. jun. *In Sachen etc. hat E. E. Rath zur See Recht erkannt, dass Kl. seine Klage genugsam erwiesen, und der Schipper zu den geklagten Schaden Anlass gegeben, wird derowegen schuldig seyn, den Kl. so wohl an Bording als eingeladenen Gut erlitten, zu tragen und zu erstatten, und solcher Schade über Schiff und Gut gehen soll.* Alterum decretum latum fuit. *d.* 18. dec. 1640. *Demnach es sich kurtzverwichener Zeit begeben etc. ist die Frage entstanden: Ob dieser Schade gleich einem See-Schaden zur Haverey zu ziehen, und also über Schiff, und saemtlich eingeschiffete Güter, die so wohl in dem Schiff als Bording gewesen, gehen solle oder nicht? Worüber sie E. E. Rath um rechte decision durch beygebrachte Bericht Schriften bittlich ersuchet. Als hat E. E. Rath befunden, dass in diesem Fall, weil er von dem vorigen casu, weshalb den 21 jun. anno 1632. ein edict publiciret worden, nicht gross discrepiret, der jetzige Schade nicht allein auff dieselbe Waaren so in Bording, auch die, so noch weiter ins Schiff solten gebracht werden, gehen, und die Interessenten proportionaliter den Schaden zu tragen und Haverey zu leiden schuldig seyn werden, V. R. W.* Accedit quoque communis observantia Belgii, de qua testatur Cooren in obs. suis obs. 41. ubi plus quam 30. testes, quos inter sunt membra illustris ibidem admiralitatis collegii, ut et praecipui mercatores tunc temporis, arbitrium seu parere aliquod conferebant, et pro hac consuetudine deposuerunt. *Dat als een geladen Schip een ander ledigh of ballast Schip in Zee by Dage ofte Nacht overzeylt, ofte beschadight, de halve schade behoort om geslagen te worden pont ponts gelyck over't behouden Schip, ende de Goederen, die ten tyde van't ongeluck daer inne geweest zyn, naer advenant van elcx waerde. Ende dat sulcks binnen de Stadt van Amsterdam in recht ende oock in beyde Saecken soo in Rechte, als daer buyten verstaen ende geobserveert is gewest.* Quam consuetudinem quoque in sententionando in Belgio secutus fuit senatus *der hohe Rath an.* 1630. *d.* 17. *maji.* (3). Consentire quoque videtur ordinatio Caroli V. et Philippi II. tit. *van Schepen die elckander beschadigen art.* 1. *Offt gebeurde, dat twee Schepen binnen of buyten Landes zeylende in zeylen malkanderen an boortquamen met moegende ont zeylen, noch ontwycken, ende sulcke d'eene d'ander in de gront stiete, ofte eenige schade aendede, soo sal de schade zyn, half en half, tsy dat selve gebeurde by Dage ofte by Nachte in tempeest, schoon weeder, os te andersins* (4). LL. quoque Rhodiorum volunt, ut si navis velificans in aliam navim velificantem de die delata fuerit, omnis *tam collisio*, quam interitus ad naucleros partiter et ad ipsos vectores spectet, et *merces* in contributionem veniant. Ex his omnibus concludi posset, cum ll. maritimae generaliter loquantur, et insuper observantia illa Belgii et gedanensis accedat, quod semper, etiamsi navis vacua oppressa fuerit, dimidia ista etiam ex bonis laedentis navis reparanda sit, et hinc quoque mercatores ad satisfactionem cogi possint.

§. 6. Enimvero placet mihi, salvo melius sentientium judicio, contraria sententia, quod hoc damnum in collisione navium, salvis bonis, consutum habendum sit pro simplici damno *eine Rampe* (uti haec vox in genere denotat damnum fortuito navibus obveniens. Consulat. Mar. cap. 281.) adeoque opponitur *dem Havery Schaden*, atque hic sensus est, hoc damnum esse ab utroque nautarum pro dimidia sustinendum, et tantum magistro, exercitoribus, et navis domino imputandum. mercatores autem, quorum merces navis impacta continet, de damno respondere non teneri; f ado me autem 1` in jure communi quod non admittit avariam, nisi necessitas ad conservationem bonorum jactum efflagitaverit, et haec quoque revera servata fuerint, uti vel ex ipsa definitione avariae patet, quae nihil aliud est, quam communis contributio rerum in navi repertarum ad resarciendum damnum bonis quorumdam mercatorum cum in finem illatum, ut navis et reliqua bona salva evadant. vid. Quintini Weitsen. *tr. de avariis.* §. 1. Non autem in hoc casu ubi una navis alteri per collisionem nocuit, tale quid se exserit, quod scil. commune detrimentum fieri debeat eorum, qui propter amissas res alterius consecuti sunt, ut suas salvas haberent. Accedit et hoc, quod jactus in tributum demum, salva nave, veniat, *l. navis levandae.* 4. *pr. ff. ad l. rhod. de jactu.* Quod si enim navis fluctibus quassata vel submersa fuerit, non jam amplius locus est contributioni: facto enim naufragio, cessat aequitas contributionis, quoniam aut nihil communis periculi removendi causa factum est, aut si quid factum, nemini profuit, Loccen *l.* 2. *c.* 8. §. 7. *et* 11. Marquard. *de jure mercatorum l.* 3. *c.* 4. *p.* 393. et tunc *als men schipen scharre verliest*, ut nautae dicunt, sive cum depressa navis atque dejecta est, quod quisque ex ea suum servavit, sibi servat, tamquam ex incendio, neque amissae navis damnum collationis consortio resarcitur per eos, qui merces suas ex naufragio liberaverunt, de Vicq. in not. ad Weits. *tr. de avariis voc. von heberi.* §. 19 *l. cum depressa.* 7. *in f. ff. ad l. rhod. de jactu.* Conf. Vinn. ad Peck. *de re nautic. ad l.* 3. *ff. ad l. rhod. de jactu* lit. *a* Simon van Leewen

adcit. tr. Weitsii de avariis c. l. voc. salva evasit. qui dicit: *communis est opinio, quod quando navis alteram contra se venientem obruit, id damni in tributum non venire, neque contributionem locum habere, cum ob communem utilitatem naufragium factum non sit.* Adstipulantur 2) huic sententiae jura maritima, ut jus Wisbyense *art.* 68. *Da ein Schiff durch Unglück wider das andere anseegeln wird, so dass ein Schiff mit seinen Gütern verlohren gienge, so soll man das Gut, so vor den Verlust in beyden Schiffen gewesen, auff Geld setzen oder würdigen, und soll alsdenn der zusammen gesummirte Werth oder Güter, so in beyden Schiffen, das verlohrne Guth bezahlen, Pfund dem Pfunde, und Marck dem Marck gleich. Also soll man auch den Werth setzen von beyden Schiffen; ehe und bevor solcher Schaden geschehen, und soll also der zusammen gesummirte Preiss von beyden Schiffen das verlohrne Schiff Pfund dem Pfunde und Marckdem Marck gleich bezahlen;* et porro *art.* 71. *da ein Mann den andern mit seinen Schiffe durch seegeln Sokaden zufüge, und derselbe, so den Schaden gethan, verklaget würde, will dieser nun schwoeren und mit seinem Eyde erhalten, dass es ihm leid, und er den Schaden nicht habe verhüten können, so soller denselben halb bezahlen, würde er aber solches mit seinem Eyde nicht erhalten, soll er den Schaden gantz zu bezahlen schuldig seyn.* 3) Convenit cum hisce jus maritimum hanseaticum *tit.* 10. *prt.* 1. it. Jus Hamb. *p.* 2. *tit.* 17. *art.* 6. *et art.* 8. ibi: *Wenn 2. Schiffe zusammen kommen, und einer das andere zerbrochen, und gleichwohl das zerbrochene Schiff nicht untergehet, sondern zu Errettung des zerbrochenen Schiffs, Güter geworffen werden, so soll das Schiff, welches dem Schaden gethan, denselben bessern. Kan aber der Schiffer mit seinem Steuer-Mann und Schiffmaennern schwoeren, dass der Schade ohne seinen Willen geschehen, so darff sein Schiff samt seiner Zubehörunge mehr nicht denn den halben Theil des Schadens erstatten. Auch ist der Schiffer in sein Gut, ingleichen des* Kauffmanns *Gut, so in dem Schiffe ist, zu den Schaden zu antworten nicht schuldig* Ex quo sequens deduci potest argumentum: si mercatoris bona, quae in impacta et laedente navi constituta sunt, ne quidem obligantur eo in casu, ubi simul ex altera navi, quae damnum passa est, bona sunt jacta, multo minus tenebuntur ad reparationem damni mercatoris bona, tunc, ubi navis tantum, bonis salvis, damnum accipit. Jam autem verum est prius, ergo et posterius 4) Confirmat quoque hanc sententiam decretum magnifici senatus gedanensis *d. ao.* 1588. *d.* 12. *decembr.* iterum gratiose a laudatissimo nostra *dn. Praeconsule* mihi communicatum, sequentis tenoris. *Auff die angestrengete Klage Michel Rosenbergs und Consorten kegenst Michel Bartsch und Cons. Bekl. belangend ein Lübsch Schiff zusammt dahin eingehabten und gestrandeten Gütern, wie davon die beygekommene Acta bereits Meldung thun, so wohl auff beyderseits ergangene Gezeugniss, Beweise und Recht Saetze hat E. E. Rath zu See-Recht befunden, dass das Lübsche Schiff, so samt den Gütern gestrandet, und geblieben, von dem Hollaendischen Schiffe dermassen in offenbachrer See, da sie an einander gerathen, beschaediget, dass der Lübsche Schiffer folgends zu Rettung Leibes, Lebens und Gutes in den Strand an die Nehrung zu lauffen gedrungen worden, und desamt Schiff, Mann und Gut geblieben, ausgenommen 2. Personen, so sich geborgen, desgleichen das Hollaendische Schiff durch solchen Anstoss, so durch gross Ungewitter verursachet, nicht wenig auch zerbrochen worden, als soll demach vermöge dem See Recht das Gut, so in beyden Schiffen gewesen, ehe davon etwas verlohren, auff Geld geschaetzet, und wardiret werden; und die wardirten Güter der beyden Schiffe zusammen summiret, das verlohrne Gut bezahlen, Pfund Pfund gleich, Marck Marck gleich, den soll auch die Würde der beyden Schiffe, ehe der Schaden durch den Anlauff geschehen, geschaetzet, und der Preiss der beyden Schiffe zusammen summiret, und so wohl das verlohrne Lubsche Schiff bezahlet, als auch der Schade, so dem Hollaendischen Schiffe wiederfahren, erstattet werden, Pfund Pfund gleich, Marck Marck gleich. V. R. W.* Imo 5.) ipse Cooren Batavus Jctus, supra a nobis allegatus, non potest ire inficias, secundum II Wisbyenses aliter dispositum esse, ac fert consuetudo ibidem et observantia.

§. 7. Jam quoque paucis ad argumenta, quae pro priori sententia proferuntur, respondendum erit; et quidem quod 1) ad utilitatem commerciorum attinet, illa magis pro hac, quam pro altera parte militat, quia si bona quoque et merces mercatorum in reparationem damni imputari deberent, non facile invenientur assecuratores, atque inde maximum impedimentum commerciorum flori obstaret; ut taceam, mercatores nihilominus perditi navi vecturam *die Fracht* solvere, atque ita non poterunt ad duplex damnum adstringi. Ea autem, quae ab altera parte ratione utilitatis prolata sunt, ad illum casum pertinent, quod hodie non amplius exercitores in solidum teneantur, uti de jure civili. v. Cooren. *in o.* 41. *p.* 262. de quo tamen hic non quaeritur. Conf interim dn. Praeses *in usu forensi l.* 24. *ff. ad tit. de exercit. actione* §. 15. Nec urgeri potest, ob casum fortuitum exercitores ab exercendis navibus deterreri; nam alias numquam reperirentur exercitores, quia semper naves variis subjectae et expositae sunt casibus periculisque, ubi Divinae clementiae rerum humanarum directrici se commendant, et inde aversionem periculi expectant. 2) Quod ad lauda mercatorum et aliorum a *Cooren* adducta attinet, facile haec consuetudo per contrariam abrogari potuit, ut ex Batavis Jctis contrarium attestantibus et supra citatis liquet, imo Gedani nonnulli nautae juramento asseruerunt et confirmarunt, in Belgio contrariam consuetudinem abrogatam, et eam, quae tale damnum *als eine Rampe* considerat, in ejus locum fuisse receptam. Imo 3.) ponamus, hanc consuetudinem in Belgio adhuc in pristino suo vigore esse, non tamen adeo Gedani ad eam respiciendum puto, quin potius ad illa, quae in locis vicinoribus e. g. Hamburgi et Lubecae in usu sunt. Semper enim, quotiescunque deficit in loco aliquo casus certi decisio, ad loca viciniora magis, quam remotiora recurrendum, et secundum ll. consuetudinesque ibi receptas judicandum. Si enim pro diversitate casuum in locis maritimis varie emergentium in juribus domesticis minime decisa ac dubia controversia fuerit exorta, eo casu dextre admittimus allegationem alterius statuti, sive Hamburgensium, sive aliarum civitatum *vicinarum*, earum tamen, quae ad

nostros mores nostraeque reip. formam quam proxime accedunt, *arg l. constitutionibus.* 24. *ad municipal. l. Quod non ratione* 39. *ff. de ll.* Joh. Sibrand. *in jure publ. urbis Lubecae anseaticarum nec non imperialium civitatum. part.* 1. *sect.* 9. *p.* 89. Patet ergo ex his, mercatores ratione bonorum non teneri ad damna navi per collisionem ex incursu data, bonis salvis, reparanda. Alia ergo est ratio, si bonis vel mercibus detrimentum pariter per incursum accesserit, tunc omnino et mercatoribus ratione mercium satisfieri debet, secundum mentem exercitorum ita de consuetudine hac attestantium, *dat de redene ende biliickheyt conform was, dat te Schade byt en Schip een ander aengedaen, gedragen werde by de respective Schepen, ende soe in. verongeluckte Schip meede eenige Goederen mochten gewest zyn, dat de Schade dan aen de Goederen geleden, by de respective Goederen van beyde de Schepen soude gebetert werden, stellende Soo schepen tegens schepen, ende goederen tegens goederen.* Cooren. *all. obs.* 41. *p.* 269.

§. 8. Nave ad portum delata, vel etiam ipsis naucleris, facto naufragio, perditaque navi, iterum ad locum, unde navi solverant, redeuntibus, prima cura esse solet ratione vecturae, quam stipulati sunt naucleri ab exercitoribus, quo illam consequantur. Enimvero in tristi illo casu, ubi ob metum naufragii jactus factus est, contributioque per modum avariae instituitur, et haec vectura cum mercibus projectis catalogo conferentium adscribitur, conferendaque est pariter vectura, ac aliae merces, nisi nauclerus ea carere malit, quo casu nec ad contributionem cogi potest. Weits. *de avariis* §. 24. quamvis naufragi electionem atque optionem habeant, an nimirum contenti esse velint vectura, quam nauclerus recusat, num vero eum nihilominus ad contributionem adigere. Wisb. *Zeerecht. art.* 20. 38. Ordin. Philippi II. *tit. van Schipbreckinge, Zee werpinge art.* 6. Consulat. Mar. *c.* 96. *et seqq. et c.* 281. Jus Maritim. Hans. *tit.* 8. *art.* 3. Statut. Hamb. *part.* 2. *tit.* 16. *art.* 2. de Vicq. ad Weits. *in not. ad c. tit.* §. 24. Plane vero aliter se res habet, si non modum avariae admittimus in navium collisione, sed potius ut aliud simplex damnum hanc laesionem consideramus, tunc enim nihilominus nauclerus dejectae navis, si nulla ipsius culpa adsit, atque bona salva sint, pretium vecturae petere potest; quis enim diceret, bona a contributione esse exempta, et tamen vecturam esse conferendam. Sed an totam vecturam conventam petere possint naucleri, si ita per collisionem factam iter suum prosequi atque totam vecturam promereri non potuerint? Resp. Negandum hoc esse videtur, quia nondum promerita fuit vectura, et sic rei incertae non potest fieri aestimatio. Non igitur potest nauclerus laesae navis praetendere, ut cum alter ad dimidiam damni navi illati teneatur, ille quoque exsolvat dimidiam vecturae, quam ipse non promeruit, et quam accipere debebat, si bona ad destinatum locum salva attulerit; alias enim nauclerus impactae navis omne fere damnum solus sustineret, cum haec tanta saepe esse possit, quanti navis ipsa constat. Et insuper in restitutione damni respicitur ad id, an quis quoque revera illud passus fuerit, non vero, si adhuc incertum est, uti nostro casu, quia multa accidere potuissent, quae nauclerum a promerito vecturae atque absolutione itineris impedire potuissent, *arg. l.* 29. §. 3. *ff. ad l. aquil.* Adeoque pro rata emensi itineris nauclero tantum satisfactio praestatur. Sane Carolo. V. lege lata sancivit, ut sive in itu, sive in reditu navis rumpatur aut solvatur, pro rata confecti itineris vecturam praestent merces ex naufragio servatae *Ordonnantie op de Zeerechten art.* 40. et ordin. mar. hanseat. *tit.* 9. *art.* 1. quod non male quidam bonorum virorum arbitrio committunt. Jus *dan. c.* 52. de Vicq. *loc. cit. voc. ad dicenda foret.* Aliud autem obtinet, si nauclerus bona ad destinatum locum transportet. Jus mar. hans. *c. l.* §. 2. *Wann aber ein gefrachtet Schiff in der See Schaden nimmt ohne Schuld und Versaeumniss des Schiffers, und bringet doch des Kauffmanns Gut zur stete, so soll der Schiffer davon volle Fracht haben etc.*

§. 9. Cum varia occurrant pericula, quibus mercatores commerciis ac navigationi intenti patent, ne ad incitas statim redigantur mercatores, perditis bonis navibusque assecuratores hoc in casu his succurrunt periculis, et accepto praemio, securos periculi jubent esse mercatores, res suas in navem immittentes, dum pro illo respondere volunt. Videamus ergo, an etiam hi damno per collisionem navium illato securitatem mercatoribus praestent? Distinguendum hic est, ad quale periculum se in instrumento assecurationis, quod stylo mercantili *pollice* seu *polliza*, (de quo haud ita pridem sub Praes. *dn. d. Werlhofii* pro gradu doctor. disputavit *dn. Schele Hamb.*) vocatur, obligaverit assecurator. Quodsi enim pactum de periculo praestando generaliter fiat, sine singulorum casuum dinumeratione, prout raro hodie contingit, cum in pollicibus plerumque specifice casus exprimantur, Marqu. *de jure mercat. l.* 2. *c.* 13. §. 46. tunc cum sub hoc nomine intelligantur casus fortuiti e gr. naufragium, hostium aggressura, ventorum violentia etc. sine dubio etiam assecurator collisiones navium, quae casu fortuito fiunt, in se suscepisse censetur: si vero ex facto, fraude vel culpa domini mercium sine navis magistri jactura aliqua per navium collisionem sequatur, tunc assecurator quoque hoc casu non tenebitur. Conf. rot. genuens. *dec.* 3. *n.* 155. Qui enim suscipit in se periculum mercium vehendarum, intelligitur in se suscipere periculum fortunae, non culpae, rot. genuens. *dec.* 3. *n.* 15. Christin. *vol.* 3. *dec.* 47. *n.* 5. *et* 6. ibique citati auctores, Santerna *de assecurat. p.* 4. *n.* 16. Rocc. *vol.* 2. *cons.* 97. *n.* 26. Marquard. *de jure mercaturae c. l.* Huc pertinet *l. cum proponas. c. de nautic. foen.* quod satis videbatur iniquum, ut culposus agere possit contra assecuratorem iunoxium pro redintegratione illius damni, quod ex ejus culpa contigit. *Amissarum enim mercium,* uti habent elegantia verba *d. l. detrimentum, quod non ex marinae tempestatis discrimine, sed ex praecipiti avaritia et incivili debitoris audacia accidisse asseveratur, adscribi tibi juris publ. ratio non permittit.* Quod si vero assecurator omne periculum pacto in se susceperit, tunc quoque tenetur de omni damno in mari contingenti, sive propter tempestatem, vim hostilem vel ventorum violentiam contigerit, sive per culpam et negligentiam naucleri vel aliorum, qui in navi sunt. Loccen. *de jure marit. l.* 3. *c.* 6. Illustr. dn. Coccej. *disp. de assecuratione* §. 13. et dn. Werlhof. *in cit. disp. p.* 2. *c.* 10.

§. 10. Antequam coronidem huic disputationi imp nam, cum supra *c.* 2. §. 18. mentio facta sit illorum, qui falsis insignibus et velis utuntur, et absque literis publicis in mari navigant, paucis de iis adhuc agendum. Vocantur autem tales stelliones maritimi Belgis *Lorrendrayers* a voce *Loren* ita dicti, quia specie vendendi *loram*, seu liquorem ex uvarum folliculis et acinis post mustum affusa aqua expressum, et hinc oblationis tributique exsortem, vendebant vinum, atque hoc pacto publicum fraudabant. Vox vero *draeyen* significat *vertere et volvere*, quae mentientium propria. Qua de causa Belgae eos tradunt esse *Lorrendrayers*, qui falsis literis *Lurden-Bryeff* dictis, vel sigillis alienis utuntur, ideoque navis merciumque amissione plectuntur. Malcomes. ad Wesenbec. *tit. de rer. divis. p.* 62. *lit. e.* Diether. *in contin. thes. pract. Besoldi lit. l. n.* 103. Possunt autem hoc nomine venire, qui vel vectigalia in exportandis importandisque mercibus fraudant, vel prohibitas ad hostes aliosve contra edicta publica transferunt, vel navigia instruunt armamentis, eaque mittunt aut peragunt ipsi ad loca, ubi nemini fas est commercium tractare, quam cui publice id permissum, et quo aliis fallaciae ignaris imponunt, vel gentis suae vel exterae signis atque aplustribus utuntur, nonnumquam et falsum commeatum vertutiae suae praetendunt. Vid. Benedicti de Pratis *disceptat. forens. de stellionibus maritimis Amstelod. an.* 1690. *in* 8*vo edita*, ad quem librum edendum certa facti species auctori occasionem dedit, ubi Hermannus Usenbecius sub serenitatis electoralis brandenburgicae tunc temporis auspiciis et signis, impetrato a Sebastiano Freitagio, electoris brandenburgici res maritimas Emdae procurante, diplomate, potestatem accepit ad insulam S. Thomae, et ad oras Africae aliaque loca commerciorum gratia navigandi. His instructus Usenbecius, cum Africae ora legeret, nautae reculas suas cum indigenis pro auro permutarunt, sed postea a navi alia, quae quoque spectabat ad brandenburgicam societatem, sumpta in auxilium hollandica navi, tamquam stellio maritimus invasus fuit, cumque vela contrahere cogeretur Usenbecius, carceri mancipatur, atque publice venundatur, quicquid mercium in nave ejus reliquum fuerat, quo facto rediens quaesivit ab auctore *Benedicto de Pratis*, an navis sua numero illarum, quae exercentur ab iis, quos Belgae vocant *Lorrendrayers* haberi, atque ideo ceu res, quae in commissum cecidit, aerario societatis addici potuerit, quod hic auctor negavit, atque Usenbecium calamo docto ab imputato crimine liberavit. Argumenta praecipua a contraria parte erant, quod elector brandenb. semel societati illi, quae Africae littora incolit, privilegium concesserit, quod non debuisset merces s. reculas pro auro cum indigenis permutare. Sed *Ben. de Pratis* respondet, principem etiam posse privilegia, quae corpori concessit, singulis concedere, atque data privilegia restringere, adeoque non posse dici, Usenbecium in commoda societatis a principe fundatae peccasse, quod privilegium sit late interpretandum, et quod nautis omnino merces pro auro permutare licuerit, cum etiam iis in locis, ubi propter societates publico decreto firmatas, privatis non licet negotiari, haud tamen prohibeantur socii navales reculas suas cum indigenis permutare. Vid. pluribus auctor. *cit. p.* 8. *et seq.* quem celeberrimus dn. Feldtmann. dissertationi suae de *accessionibus memorabilibus* adjecit, et procul dubio ipse ejus actor est, ac sub nomine Bened. de Pratis latere voluit.

§. 11. Satis credo jam navigatum, periclitatumque est inter maris procellas, syrtesque, jam vela contraho, et ad portum propero: sed cum nec hunc a collisionibus navium plane securum esse ostenderim superius, hinc nec scriptionem hanc a collisionibus eruditorum exemptam fore, haud difficulter suspicor. Actum enim est hactenus de materia, quoad eventum tristi, quoad decisionem intricata, quoad reparationem damni per incursum navium dati plerumque molesta et onerosa, circa quam et rerum maritimarum peritissimi inter se colliduntur, et diversissimis plerumque calculis rem componere satagunt. Quis ergo mihi vitio verteret, si quae scripsi, non omnium arrideant palato? Feci interim, quod potui, et quid juri maritimo secundum ll. ingenue adductas convenientissimum fore existimavi. Tuum est, lector benevole, si candidus es, illa dexteritate tua supplere, quae mihi deesse vides, vel ignoscere ad minimum, siquidem ipse inter tot fluxus et refluxus maris constitutus, exiguas hasce lineas sive tabulas quasi ex naufragio liberavi. Deo autem optimo Maximo gratias nuncupo devotissimas pro clementissima studiorum directione, qui porro gratia sua mihi adsit, et ex tot mundi procellis, quibus jactamur quotidie, ad felicem aliquando portum aeternae salutis deducat. Faxit quoque idem rex regum, terrarum mariumque domitor unicus, ut sistatur tandem horrenda illa classium maritimarum collisio, et animi regum belligerantium secura pace in amore mutuo uniantur.

T A N T U M.

DISPUTATIO VIGESIMA OCTAVA

DE JURE SUCCESSIONIS IN REVOCANDIS BONIS FAMILIAE,

D. JULII ANNO MDCCVIII.

RESPONDENTE

WOLFF. LIEBMANN DE CREUTZEN, EQUITE SAXONICO.

INGRESSUS.

Romanorum non tantum, sed et majorum nostrorum in Germania sollicitudo fuit maxima, ut providam familiae suae propagandae haberent curam, et ipsis de tantis prospicerent subsidiis, quibus gloriam a majoribus partam ad posteros propagare, et gentis suae decus apud seros nepotes illibatum tueri possent. Destinarunt huic fini tot splendida praedia, eaque posteris hac lege addixerunt, ne unquam ad extraneorum pervenirent manus, sed perpetuo nomini et genti fundatorum cohaererent. Inde tot ubivis conspicua sunt familiae fideicommissa, *Alt-Vaeterliche Stamm-Cuter;* tot bona majoratus et primogenitorae hoc fine constituta, ne aucta nimium familia per praediorum illustrium divisiones dignitas majorum minueretur, sed vel saltem apud primogenitum, aut familiae seniorem illibata conservaretur. Spectant huc quoque feuda, quae vocant ex pacto et providentia majorum, inquibus constituendis nulla alia intentio fuit, quam ut in perpetuum cum sanguine ad posteros transirent, nec ad aliorum manus pervenirent. Equidem non diffiteor, consilia haec mere humana fuisse, parum providentiae divinae relinquendo, a qua tamen unice posterorum aeterna pariter et mundana felicitas dependet: nam in Dei o. m. arbitrio et regna ipsa sunt, qui haec aufert et confert, cui velit, non attendendo, cui ex majoribus haec destinata fuerint: attamen nec divinae ipsius voluntati refragatur, de temporariis etiam bonis inter posteros disponere, modo hoc fiat sub ejus invocatione, illique exitus humani hujus arbitrii commendetur. Sane in ipsis legibus mosaicis de non alienandis extra familiam vel tribum bonis, sed in illa conservandis, non una sanctio occurrit, et solemnis illa est, quae habetur *num.* 27. *v.* 8. *et seq.* cujus rei quidem in republica judaica specialis ratio fuit, interim tamen eatenus merito ad leges mosaicas provocari potest, ut ostendatur, provisionem illam majorum per se illicitam non esse. Ex quo porro sequitur, nec vitio vertendum esse, successoribus, si hoc, quod ex ejusmodi bonis in fraudem posteritatis alienatum, revocent. Et de hac materia in sequentibus speciminis academici loco mihi agendum erit, quod, ut feliciter succedat, divini numinis auxilium devotus imploro.

SUMMARIA

Bona familiae diversimode accipiuntur. §. 1.
Quinam significatus ad nos pertineat? §. 2.
Modus constituendi fideicommissa familiae duplex. §. 3.
Fideicommissa per ultimam voluntatem constituta, sunt duplicia. Alia expressa. §. 4.
Alia tacita. §. 5.
Fideicommissum familiae ex prohibita bonorum alienatione inducitur. Differentia inter verba enunciativa et dispositiva. Ratio conservationis familiae ubi exprimenda? §. 6.
Nihil interest, utrum bona noviter acquisita, an a majoribus accepta. §. 7.
De clausula: totaliter et omnino. §. 8.
De clausula: perpetuo in infinitum etc. §. 9.
De clausula: nullo modo. §. 10.
Si testator masculorum solum mentionem fecit, fideicommissum exinde colligitur: §. 11.
De clausula: unzertheilt. §. 12.
Sola voluntas, ut bona conserventur in familia, fideicommissum inducit. §. 13.
An fideicommissum familiae etium ad bona futura porrigatur? §. 14.

De fideicommissis conventionalibus. Utrum illa permissa sint? De particularibus. §. 15.
Universalia regulariter per conventionem non constituuntur. §. 16.
Exceptio in personis illustribus. §. 17.
Pacta ejusmodi gentilitia etiam posteros obligant. Exempla ejusmodi pactorum. §. 18.
Utrum acceptatio tertii in tali conventione requiratur? §. 19.
Insinuatio fideicommissi non requiritur. Ne quidem in nobilibus mediatis. §. 20.
An opus sit confirmatione imperatoris? Distincte hic respondendum. §. 21.
Alienatio bonorum familiae non est permissa. §. 22.
Idque, licet alienatio expresse non fuerit prohibita. §. 23.
Applicatur hoc ad diversas alienationum species. De venditione. De donatione. De locatione ad longum tempus. De aliis alienationum speciebus remissive. §. 24.
Quid si princeps alienationem permiserit? Praesumitur hoc casu vitium sub et obreptionis. Licet clausula: motu proprio, addita fuerit. Praesertim si princeps dispositionem fideicommissariam ipse antea confirmaverit. De clausulis; Soll nicht Macht haben. §. 25.
Alienatio necessaria in fideicommissis permitti solet. §. 26.
Quod tamen variis admittit limitationes. §. 27.
Bona familiae illicite alienans dominium eorum non transfert. Sed bona alienata vindicari possunt a quocumque possessore. Imo propria auctoritate apprehendi. §. 28.
An haec etiam procedant, si prohibitio alienationis per conventionem facta? Negatur regulariter. §. 29.
Dantur tamen variae exceptiones. Prima. Secunda. Tertia. Quarta. Quinta. Sexta. §. 30.
De prohibita alienatione bonorum majoratus. §. 31.
De bonis primogenituae. §. 32.
De bonis feudalibus. De confraternitatibus. §. 33.
An alienatio bonorum familiae valeat, si consensus familiae accedat? Affirmatur, intuitu ipsorum consentientium. §. 34.
Quid si consentiens alienationi rem fideicommissariam esse ignoraverit? §. 35.
De consensu tacito. Unde ille colligatur? §. 36.
Consentientes nihilominus actionem habent adversus alienantem ad solutionem pretii rei alienatae. §. 37.
An liberi et successores fideicommissum alienatum revocare possint? Sententia et rationes negantium. §. 38.
Quae discutiuntur et explanantur. Haeres pro quota haereditatis saltem obligatur. §. 39.
Aliud est, an haeres directo impugnet factum patris, an vero se tantum surrogari petat. §. 40.
Haeredes revocandi jus habent quando prohibitio alienationis expressa adest. §. 41.
Princeps successor non tenetur ad praestandum factum defuncti. §. 42.
Pater in bonis primogenituae filio non potest praejudicare. §. 43.
Neque in bonis majoratus. §. 44.
Si obligatio intuitu filii subesset, illa tamen ulterius se non extenderet, quam ut filius pretium solutum restitueret. 45.
An liberis revocantibus exceptio praescriptionis opponi queat? §. 46.
Conclusio dissertationis. §. 47.

§. 1. Bona familiae a dd. in quadruplici significatu accipi consueverunt. *Primo* per illa intelliguntur *bona avita*, seu *haereditaria*, quae majorum nostrorum fuerunt et ab illis in nos derivta sunt, Wehner. *obs. pract. voc. Stamm-Güter*, idque praecipue jure saxonico obtinet sine distinctione, utrum illa bona a majoribus paternae vel maternae lineae proveniant, *const. elect.* 12. *part.* 2. *ibi*: *dass Stamm-Güter solche Güter sind, welche der donator nicht selbst acquiriret, oder erlanget, sondern die von seinen Vorfahren, als Gross-Vater und dergleichen, gewonnen, und von denselben ihren Ursprung haben*, et pro talibus in dubio praesumitur, Carpzov. *p.* 2. *c.* 12. *def.* 1. conf. Berlich. *p.* 2. *conclus.* 13. *n.* 5. *seqq.* Dan. Moeller. *ad d. part.* 2. *const.* 12. *n.* 1. *secundo* feuda *antiqua*, sive *paterna* (haec duo enim nec in se, nec ratione effectus differre ostendit dn. Praeses *in exam. jur. feud. c.* 3. *qu.* 2.) nomine bonorum familiae insigniuntur, dn. Praeses. *d. c.* 3. *qu.* 10. *Stamm-Lehn*, *Stamm-Güter*, v. Gail. 2. *obs.* 49. Wehner. *obs. pract. d. loc.* Knipschilt. *de fideicomm. fumil. nobil. c.* 1. *n.* 14. *tertio* hoc nomine venire solent *bona majoratus*, Wehner. *loc. cit.* qualia plurima in Hispania reperiuntur, Mauritius *p.* 2. *cons: Chilon.* 1. *n.* 5. *et* 21. Itterus *de feud. imper. c.* 12. §. 7. *in fin.* nec non illa bona, in quibus *jus primogeniturae* obtinet, quae adeo cum bonis majoratus, licet alias in se differant, saepe promiscue usurpantur, Itterus *loc. alleg. ultimo* denique loco per bona familiae illa intelliguntur, quae *fidei possessoris* alteri de familia restituenda *committuntur* et demandantur, Knipschilt. *d. c.* 1. *n.* 12. *et* 13. *Güter, so zu Erhaltung eines Fürstlichen, Graeflichen, Freyherrlichen, Adlichen Stammes und Namens verordnet sind.*

§. 2. Quamvis vero neque bona familiae *in primo significatu* talia pro lubitu alienari queant, sed pater, qui eadem in extraneum transferre intendit, consensu liberorum opus habeat, etiam emancipatorum, ut honor et dignitas familiae conservetur, Carpzov. *p.* 2. *c.* 12. *def.* 6 Koppen. *decis.* 24. *n.* 1. Wehner. *obs. pract. voc. Stamm-Güter;* nos tamen in praesenti de iisdem principaliter non agemus, sed objectum dissertationis nostrae praecipue erunt *bona fidei alterius commissa*, ea ratione, ut post mortem praesentis possessoris in alium de familia devolvantur, et per consequens extranei, *die nicht eines Stammes und Nahmens sind, auch nicht einerley Schild und Helm haben*, nec non illae personae, quae quidem sunt ex familia, eam tamen non conservant, v. g. foeminae, Fusar. *de fideicommiss. substit. qu.* 352. *n.* 10. prorsus excludantur. Interim nec illa etiam bona, quae juri primogenituae, aut majoratui sunt obnoxia, neque etiam bona feudalia plane sequestrabimus, cum respectu prohibitae alienationis extra familiam ubique fere conveniant. Imo et illa, quae de prohibita alienatione bonorum haereditariorum dd. saxonici adducunt, materiam nostram certo modo illustrare poterunt.

§. 3. Ante omnia vero sollicitos nos esse oportebit de *modo*, quo fideicommissa familiarum constituun-

tur, et deinde demum de effectu, qui ex eorum constitutione rite facta profluere solet. Duo autem hoc respectu fideicommissorum sunt genera. Quemadmodum enim alias homines rebus suis, quas in bonis suis habent, certam naturam indere, certasque leges, ut ita loquamur, praefigere solent; ita quoque intuitu constitutionis fideicommissorum idem evenire solet. Scilicet disponunt homines de rebus suis vel per modum ultimae voluntatis, adhibitis solemnitatibus in illa republica, in qua vivunt, receptis, vel etiam per modum conventionis inter vivos. Et sic quoque alia fideicommissa *in supremiis elogiis*, alia vero *inter vivos compaciscentes* constitui moris est. Quamvis vero non ignoremus, quod dd. fideicommissa inter vivos constituta *improprie et irregularia* appellent, du. Harpprecht *part.* 2. *tr. acad. tr.* 8. *de fidei convent.* §. 3. dn. Praeses *de cautel. testam. c.* 21. *membr.* 1. §. 3. hoc tamen illis, quae de prohibita alienatione tradere animus est, parum officit, modo observata fuerint in ejusmodi conventionibus, quae infra suo loco adducemus.

§. 4. Fideicommissa familiae per modum ultimae voluntatis constituta subdividuntur in *tacita* atque *expressa*. *Expressa* dicuntur, quotiescumque testator vel in testamento solemni, vel etiam in privilegiato, nominatim verbisque expressis disponit, hanc esse mentem atque voluntatem suam, quod illa bona, quae in testamento certe et specifice determinata fuerunt, in sua familia ad meliorem et illustriorem ejus conservationem apud masculos, exclusis foeminis et quibuscumque extraneis, perpetuo manere, nec unquam alienari debeant, *dass zu besterer Erhaltung und Auffnehmen des Geschlechts, Stammes und Nahmens, vel, zum Gedeyen und Wolfahrt der Nachkommen, das Guth N. samt dessen incorporirten Stücken, und was demselben ins künfftige ferner accresciren könte, bey dem maennlichen Stammen, Nahmen und Geschlecht N. ewiglich, und so lange dasselbe waehret, als ein recht Stamm. Guth verbleiben, und davon zum Nachtheil und Schmaelerung der Successoren und Nachfolger nichts durch einigen Contract, Testament, oder anderwaertige Handlung, wie sie Nahmen haben mag, veraendert werden solle*, v. Paris. *vol.* 2. *cons.* 1. *n.* 29. *seq.* Mantica *de conject. ultim. volunt. l.* 6. *tit.* 15. *n.* 13. Knipschild. *de fideicommiss. fam. nobil. cap.* 6. *n.* 16. Neque vero praecise requiritur, ut testator verbis precariis usus fuerit, quod quidem regulariter in fideicommissis fieri solet. Omne enim verbum exprimens testatoris legitimum sensum, legare, vel fideicommittere volentis, utile atque validum est: sive *directis* verbis, quale est *jubeo.* forte: sive *precariis* utatur testator, quale est *rogo, volo, mando, fideicommitto*: sive *juramentum interposuerit*, non enim verbis, sed ipsis rebus leges sunt impositae *l.* 2. *c. commun. de legat.* ibique Gothofredus *in not.* hoc saltem cavendum, ut talia verba adhibeantur, ex quibus appareat, quod testator ad totam universalem successionem respexerit, qualia verba erant in formula modo adducta, v. Peregrin. *de fideic. art.* 5. *n.* 4. similis formula est in *l.* 83. *pr. ff. de legat.* 3. *quicquid ex haereditate bonisve meis ad te pervenerit, cum morieris, restituas.*

§. 5. Frequentissimam vero esse disputationem et in omnibus fere eam versari testamentis dicit Vincentius Fusarius *de fideicomm. subst. qu.* 275. *n.* 1. *utrum scilicet conjecturae sufficiant ad inducendum fideicommissum?* et quamvis alleget Decium *consil.* 205. *n.* 5. Ruin *l.* 2. *cons.* 173. *n.* 6. Socin. *jun. l.* 3. *cons.* 100. *n.* 18. Cravett. *cons.* 161. *n.* 14. aliosque statuentes, quod tacita voluntas non sufficiat ad fideicommissa inducenda; nihilominus tamen receptissimam esse sententiam affirmativam, post Salycet. *in l. pen. c. de impub. et aliis substit. curt. jun. cons.* 171. *n.* 10. Paris. *l.* 2. *cons.* 48. *n.* 13. *et cons.* 57. *n.* 5. Rimin. jun. *cons.* 739. *n.* 64. *et cons.* 781. *n.* 77. Trentacinqu. *de substit. p.* 4. *c.* 11. *n.* 23. Intrigliol. *de substit. cent.* 2. *qu.* 72. *n.* 8. aliosque quamplurimos ab ipso citatos, asserit idem Fusarius *loc. alleg.* Neque etiam haec sententia fundamento suo destituitur. Cum enim fideicommissa a reliquis ultimis voluntatibus quam maxime recedant, ita ut in epistola, libello, imo et nutu solo reliqui possint. *l.* 22. *c. de fideicommiss.* Zoesius *ad ff. ad sctum trebell. n.* 8. hinc et regulis juris communis recte infertur, quod taciti et expressi eadem sit vis atque efficacia, Brunnem. *ad l.* 3. *ff. de reb. cred. n.* 6. Idque non solum generaliter in omnibus, sed praecipue in illis etiam fideicommissis procedit, quae favore familiae, sive agnationis introducta, unde haec maxime favorabilia censentur, et per interpretationem adjuvanda longiusque producenda sunt, adeo ut ob favorem illorum a propria verborum significatione et ipsius dispositionis natura pro tuendo fideicommisso et familiae conservatione recedi nonnihil jure possit et debeat, Cothmann. *vol.* 2. *resp* 80. *n.* 89. *seq.* Merenda *l.* 4. *controvers. jur. c.* 46. Knipschild. *de fideicomm. fam. c.* 7. *n.* 85. ubi alii magno numero allegati.

§. 6. Res exemplis fiet clarior. Potissimum autem huc pertinet ille casus, de quo plurima inter dd. disputata fuerunt, *quando scilicet testator alienationem bonorum haeredi interdixit.* Debet interim haec prohibitio fieri non per verba enunciativa, cujus exemplum habemus in *l.* 38. §. 3. *ff. de legat.* 3. *ita enim fiet, ut fundus de nomine vestro nunquam exeat*, sed per verba dispositiva. Nam priora, scilicet enunciativa, non inducunt dispositionem perpetuam, praesertim quoniam illa non pro ratione, sed pro enunciatione sperati futuri eventus ponuntur, unde tunc actus inter vivos tantum sunt prohibiti, testamentaria autem successio non videtur prohibita, Menoch. *cons.* 775. *n.* 4. *et cons.* 197. *n.* 12. Molin. *cons.* 7. *n.* 17. Cephal. *lib.* 5. *cons.* 729. *n.* 18. Brunnem. *ad d. l.* 38. *ff. de legat.* 3. *n.* 3. *et* 4. Imo nec simplicia verba dispositiva, vel nuda prohibitio nondum inducit perpetuum fideicommissum, *l.* 114. *ff. de legat.* 1. sed testator debet adjicere rationem, quare alienationem prohibeat, v. g. si dicat, ut res in familia conservetur, *l.* 69 §. 3. *ff. de legat.* 2. aut si adjiciat personam, cujus intuitu hoc ita dispositum est, *l.* 114. §. 14. *ff. de legat.* 1. tunc vero, si haec ita observata fuerunt, fideicommissum simplex et absolutum non tantum in casum alienationis inter vivos, sed etiam mortis inductum esse censetur, Rol. a Valle *vol.* 4. *cons.* 23. Mantica *de conject. ultim. volunt. l.* 6. *tit.* 14. *n.* 24. *vers. sed contrariam opinionem.* Petr. Ant. de Petra *de fideic. qu.* 5. *n.* 2. 19. 42. *seqq.* quia alias conservatio bonorum in agnatione vel familia per disponentem desiderata non posset sortiri effectum, Petra *d. qu.* 5. *n.* 43. Sufficit interim, si ratio conservandae

agnationis in praefatione dispositionis sit expressa, Menoch. 4. *praesumpt.* 68. *n.* 9. vel alias testator dispositionem suam a prohibitione alienationis non inceperit, sed dixerit: ut bona mea in familia mea conserventur prohibeo ea alienari, Alciat. *cons.* 484. *n.* 3. Knipschild. *de fideicommiss. fam. c.* 6. *n.* 103. 104.

§. 7. Sed quaeritur: qualia esse debeant bona, quorum intuitu prohibitio alienationis facta a testatore, an scilicet talia, *quae ipse testator acquisivit*, an vero etiam illa, *quae ab antecessoribus majoribus in testatorem per viam successionis fuerunt devoluta*, ejus dispositioni hoc intuitu subjecta sint? memini aliquando dubium fuisse motum de hac re, et non neminem asserere voluisse, quod prohibitio alienationis bonorum familiae unice in illis bonis locum inveniat, quae ipse testator noviter acquisivit, intuitu reliquorum autem, quae a majoribus per viam successionis in testatorem devoluta fuerunt, eumdem neutiquam ita disponere, neque posteris suis, aut illis, qui sunt de familia, legem aliquam praescribere posse. Verum enim vero haec opinio ita comparata est, ut fundamentum omnino habeat nullum, sufficit enim testatorem dominium eorum bonorum, quorum alienationem extra familiam prohibere vult, semel rite acquisivisse. At vero non solum est dominus noviter acquisitorum, sed etiam illorum, quae a majoribus in ipsum fuerunt devoluta. Imo invertimus argumentum, quod nempe prohibitio alienationis eorum bonorum, quae testator a majoribus accipit, sit favorabilior, quam noviter acquisitorum, quia illa magis faciunt ad gloriam et dignitatem familiae conservandam, quam quidem haec, quae ipse testator comparavit. Hinc dd. inferunt, quod licet alias simplex adesset prohibitio, *v.* §. *praeced.* fideicommissum tamen eo ipso utile fiat, modo testator hanc rationem addiderit: *quia majorum fuerit*, Tiraquell. *de retract. consanguin. in praefat. n.* 39. imo quamvis testator talem rationem non addiderit, modo tamen probari possit, rem majorum fuisse, quia tunc illa ratio praesumitur, et licet alias prohibitio alienationis (simplex) non liget haeredem haeredis; secus tamen est, si ob hanc causam, quia majorum fuit, fiat prohibitio, Tiraquel. *d. l. n.* 49. Brunnem. *ad l.* 114. §. 14. *ff. de legat.* 1. *n.* 12. 13. *seqq.* Huc pertinet ea, quae habet Vincent. Fusarius *de fideicomm. substit. quaest.* 685. *n.* 29. *et* 30. in casu prohibitionis factae de non alienando rem insignem, puta castrum, vel turrim, quae consueverunt esse in familia, item palatium, domum, possessionem, quae fuit majorum testatoris, praesumi fideicommissum *dec. l.* 1. *cons.* 58. *n.* 13. Capic. *dec.* 108. *n.* 4. Natta *cons.* 631. *n.* 14. Ruin. *l.* 1. *cons* 208. *n.* 16. aliique plures apud Fusarium. loc. cit.

§. 8. Ea, quae de prohibitione alienationis fideicommissum familiae involvente diximus, eo magis adhuc procedunt, si dictum fuerit, quod disponens voluerit bona sua *totaliter et omnino* in familia permanere, Knipschilt *de fideic. fam. c.* 6. *n.* 105. clausula enim haec; volo quod *totaliter* bona perveniant ad haeredes, ampliat dispositionem et inducit fideicommissum absolutum, ita ut non solum alienatio inter vivos, sed simul etiam haeredis institutio illicita sit, Roland. a Valle *vol.* 2. *cons.* 98. *n.* 15. Unde illa verba efficaciora et maxime ponderanda esse, post Alciatum *cons.* 577. asserit idem Rol. a Valle *loc. cit. n.* 14. Sic quoque verbum: *omnino*, innuit, quod testator praecise voluit dispositionem suam debere sortiri effectum conservationis bonorum in familia, Socin. *vol.* 2. *consil.* 251. *col.* 2. *in f.* importat enim omnem causam, sine ulla distinctione personarum, Jason. *vol.* 3. *cons.* 23. *col. in princ. vers. et ultra verba geminata per eum ponderata, etc.* Petr. Ant. de Petra *de fideicomm. quaest.* 5. *n.* 34. et 104. Hisce clausulis in nostra vernacula respondent illae: *gaentzlich, ohne Abgang, nichts ausgenommen*, unde dd. dicunt, vocem *gaentzlich* praegnantis et praecise esse significationis, et tantum est dicere, omnino, *gaentzlich*, quantum dicere, quoad omnia, de quo pluribus agit Wehner. *obs. pract Voc. gantz, gar, gaentzlich.*

§. 9. Alia clausula est, eumdem tamen effectum producens, quando testator, vel disponens bona sua *perpetuo* alienari prohibuit: vel quando substituit agnatos *in perpetuum*: aut si dixit: quod bona sua non debeant egredi domum, vel familiam suam *in infinitum*, vel *nunquam*, Petra *d. quaest.* 5. *n.* 11. 21. *seqq.* neque enim semper bona possunt in familia remanere, nisi per fideicommissum absolutum, quale ejusmodi verba inducunt, Decian. *vol.* 1. *cons.* 50. *n.* 18. *seq.* Riminald. jun. *vol.* 2. *cons.* 147. *n.* 13. hinc perinde etiam est, sive illa verba sint per se et simpliciter posita, sive prohibitioni alienationis per modum rationis adjecta fuerint, Petra *d. quaest.* 5. *n.* 21. sic quando testator substituit agnatos in perpetuum, tunc satis manifeste significat, se omnino velle agnationem et familiam conservare, Menoch. *l.* 1. *cons.* 95. *n.* 51. Knipschild. *cap.* 6. *n.* 106. Coincidit cum hisce clausulis, si testator dixit, *dass seiner disposition in keinerley Weise entgegen gehandelt, sondern dieselbige immerdar und zu ewigen Zeiten steiff, fest, und unverbrüchlich gehalten werden solle*, quid enim hoc aliud est, quam si dixerit, se omnes, qui sunt de familia eamque conservant, sibi in perpetuum, vel in infinitum substituere velle? unde clausulam: *ut quid firmum et stabile maneat perpetuo*, ejus efficaciae esse asserunt legum interpretes, ut non possit in contrarium dispensari, Jon. Nevizan. *cons.* 12. *n.* 52. *inter consilia Alb. Bruni.*

§. 10. Cum in §. *praec.* inter alia etiam clausulae: *nullo modo, in keinerley Weise*, mentionem injecerimus; hinc simul hoc adnotasse non incommodum erit, quod illa etiam per se dispositionem fideicommissariam involvat: importat scilicet necessitatem praecisam et quandam impossibilitatem, Rosenthal. *de feud. c.* 9. *concl.* 67. *n.* 18. Plurima de hac clausula congessit Joh. Rudingerus *singul. observ. cent.* 3. *obs.* 17. Particula, *keine*, inquit, aequipollet verbo universali negativo (nullum.) Et certum est, quod verba universalia negativa omnem casum excludant, et nullam restrictionem, limitationem vel modificationem admittant, vel recipiant, Hartm. Pistor. *quaest. feud.* 19. *n.* 65. *et quaest.* 44. *n.* 19. Schrader. *vol.* 1. *cons.* 1. *n.* 273. *et* 236. Eodem modo dictio universalis negativa, *keinerley Weise*, hoc est, nullo modo, est latae sententiae, quae praecisam omnino significationem habet, et omnem dispensationem, distinctionem atque exceptionem excludit, Tiraquell. *in repet. l. si unquam verb. revertatur. n.* 93. *c. de revoc. donat.* unde inferunt, quod oratio universalis negativa semper plus habeat

virium et roboris, efficaciusque obliget, quam universalis affirmative, Tiraquell. *loc. alleg.* Sichard. *in l. si liberis.* 18. *n.* 3. *c. de bon. ant. nupt.* Ruding. *d. obs.* 17. ut sic dicta clausula: *nullo modo*, habeat vim annullativam, et importet ipsam annullationem, Rimin. *cons.* 272. *n.* 6. Gozadin. *cons.* 25. *n.* 9. Cravett. *tom.* 1. *cons.* 105. *n.* 3. Veritas assertionum ex natura rei ipsorumque vocabulorum satis clare apparet, ostendunt enim illa enixam testatoris voluntatem, cui contravenire nefas merito habetur.

§. 11. Tacitum porro fideicommissum inducitur, quando disponens mentionem fecit de solis masculis, vel linea masculina, quoniam eo casu dispositio ad eum finem facta praesumitur, ut providetur et consulatur familiae et agnationi, et ut bona per continuam successionem in linea masculina et agnatione conserventur, et foeminae excludantur, v. g. si dixerit testator, quod bona deferri debeant *dem erstgebohrnen Sohn, der eines Lehns faehig, nach Ableben desselben abermahls dem erstgebohrnen, und also immerfort von Erben zu Erben*, ubi cum fideicommisso familiae jus primogeniturae conjunctum est, v. Fusar. *de fideicomm. substit. qu.* 346. *n.* 3. *seqq.* Quamvis vero testator in subsequentibus substitutionibus descendentium, vel haeredum simpliciter, v. g. *von Erben zu Erben*, absque adjectione vocabuli masculorum, mentionem fecerit, nihilominus tamen masculinitatis qualitas repetita censetur, modo testator in prima institutione ad successionem suam filios et descendentes masculos vocaverit, Molina *de Hispan. primogen. l.* 3. *c.* 5. *n.* 56. Bartol. *ad l. fin. ff. ad sctum trebell.* Menoch. *l.* 4. *praesumpt.* 84. *n.* 5. Verba enim dispositionis ex praecedentibus sunt declaranda et interpretanda, et disponens ejus fuisse praesumitur mentis ac voluntatis, cujus ab initio in institutione fuisse deprehenditur, Knipschilt. *de fideicomm. fam. cap.* 6. *n.* 113. Bartol. *ad d. l. fin. ad sc. trebell. n.* 2. Imo, quotiescumque ex natura rei soli masculi, non autem foeminae in re illa, de qua testator disposuit, succederent, veluti in primogeniis feudalibus, jurisdictionalibus et majoratibus, tunc erectio in personam masculi pro se et filiis et descendentibus suis liberis, aut posteris, intelligitur simpliciter de masculis, et hoc casu, quia diversa est ratio masculorum et foeminarum, masculinum foemininum non comprehendit, Cephal. *cons.* 138. *n.* 7. Tiraquell. *de jur. primogen. qu.* 10. *n.* 16. Menoch. *cons.* 204. *n.* 8. *et* 29. M. Anton. Peregrinus *de fideicomm. art.* 25. *n.* 46. Nec obstat, licet cum ejusmodi feudalibus, primogeniis, jurisdictionalibus et majoratibus commixta essent bona allodialia et patrimonialia; haec enim accessorii naturam induunt, et per consequens diverso jure non censentur, sed et ipsa ad solos masculos transeunt, Menoch. *d. cons.* 204. *n.* 16. Peregrinus *d. art.* 25. *n.* 46. *in fin.*

§. 12. Prohibitio alienationis et hinc profluens fideicommissaria dispositio exinde etiam colligitur, quando testator incommodorum, quae ex divisione et distractione bonorum utplurimum provenire solent, mentionem injicit, deinde vero subjungit, quod bona sua indivisa manere debeant, ad ejusmodi incommoda praecavenda, *Er wolle, dass zu Verhütung hochschaedlicher Zerrüttung die Güter, oder Lande, unzertheilt beysammen gehalten werden mögen.* Scilicet verbum, *unzertheilt*, non tantum ad argumentum desiderii et voluntatis ipsius testatoris circa magis honorabilem conservationem bonorum et familiae opponitur, Curt. Jun. *cons.* 114. *n.* 19. sed etiam ejusmodi verbis, *unzertheilt beysammen bleiben*, omnis divisio et alienatio prohibita censetur, Cothmann. *vol.* 5. *resp.* 3. *n.* 45. *et resp.* 4. *n.* 110. Imo recte statuit Klock. *tom.* 1. *cons.* 7. *n.* 798. *et* 816. quod per illa verba: *unzertrennt* vel *unzertheilt*, ipsum jus primogeniturae inter descendentes testatoris necessario introducatur, quamvis primogenitorae in specie expressa mentio non fiat, cum citra eamdem testator scopum suum obtinere minime possit. Quod si vero illa clausula, prout nunc modo ostendimus, divisionem bonorum inter eas ipsas personas prohibet, quae tamen ejusdem omnino familiae et masculi etiam sunt: quanto magis translationem in personas plane extraneas prohibebit, cum inter conjunctas spes aliqua adsit, quo post divisionem factam (ubi scilicet illa permissa est) bona futuro tempore per modum successionis iterum coalescere queant, qualis spes tamen, si extraneus partem bonorum ad se pertrahit, nullo modo fundata est, v. Gozadin. *cons.* 52. *n.* 3. Ruin. *in l. hoc edicto.* §. *nunciatio. n.* 199. *ff. de nov. oper. nunc.* Mascard. *de probat. concl.* 776. *n.* 23. Knipschilt. *cap.* 8. *n.* 124.

§. 13. Sola etiam voluntas testatoris, ut bona sua conserventur in familia, vel in descendentibus, absolutum fideicommissum inducit, quamvis testator clausulam aliquam, prohibitionem alienationis involventem, dispositioni suae non inseruerit, ex ratione manifesta, quoniam, si successoribus de bonis in eas devolutis pro lubitu disponere liceret, conservatio bonorum in familia obtineri non posset, v. Besold. *p.* 5. *cons.* 221. *n.* 20. Fachin. *controv. jur. l.* 4. *c.* 49. Bursat. *l.* 2. *cons.* 202. *n.* 22. *et lib.* 3. *cons.* 227. *n.* 14. *seqq.* Kellenbentz. *de renunciat. q.* 21. *n.* 13. Ab uno casu ergo ad alterum, id est, a prohibitione alienationis ad conservationem in familia, et vicissim a conservatione bonorum in familia ad prohibitionem alienationis firma procedit consequentia. Hinc P. Anton. de Petra *in tract. de fideicomm. qu.* 5. *n.* 5. 6. *et* 7. sequentem in modum hac de re disserit: scilicet, quando dixit testator, quod velit bona sua conservari in familia, vel bona sua perpetuo permanere intra familiam suam, considerandum esse dicit, quod non sit differentia, an etiam dixerit, quod non vult ea exire de familia, vel quod non vult alienari extra familiam, haec enim aequiparantur et aequipollent, Socin. *vol.* 3. *cons.* 43. *n.* 5. *in princ.* Idem obtinet, si disposuisset, quod velit ea transire de haerede in haeredem, seu de haeredibus in haeredes, Socin. *vol.* 3. *cons.* 56. *col.* 2. Cephal. *cons.* 401. *et cons.* 419. Socin. Jun. *vol.* 2. *cons.* 188. *n.* 6. *seq.* Illustravit hanc materiam pluribus exemplis idem Petra *loc. cit. n.* 7. 8. 9. *seqq.* quae apud ipsum videri possunt, nam singula hic inserere nimis prolixum foret. Addimus hoc saltem: qui vult finem, vult etiam media, ad finem illum tendentia. Qui vero intendit, ut bona in familia conserventur, ejus quoque intentio est, ut interdicatur bonorum alienatio. Sine divitiis enim honestas et dignitas familiarum non conservatur. Voluntas igitur testatoris, qui ad decorem familiae respexit, tamquam favorabilis, et publicam respiciens utilitatem, debet interpretatione adjuvari, nec subtilitas verborum ejus

propositum excludit, quia voluntas totum facit, Mantica *de conject. ult. volunt. l. 7. tit. 1. n. 44. seq. et lib. 8. tit. 18. n. 36.* Joseph. Ludov. *comm. conclus. 14. n. 112.* Intrigliol. *l. de substit. cent. 3. qu. 75. n. 7. seqq.* Card. Tusch. *lit. f. concl. 248.* Fideicommissa enim talia iis quoque quibus injuncta sunt, honori sunt potius, quam oneri, Cothmann. *vol. 2. resp. 80. n. 89. seq. et vol. 5. resp. 4. n. 139. 141. et 151.*

§. 14. De illis itaque bonis, quae tempore factae dispositionis testator jam actu habuit, nullum subesse dubium videtur. Quaeritur autem: *utrum ejusmodi dispositio etiam ad bona futura, quae ex postfacto scilicet testatori obveniunt, extendi possit?* Notanter autem diximus de bonis, quae *ipsi testatori* postmodum obveniunt, nam de illis, quae ejus successores acquirunt, disponere non poterit. Putamus vero ad quaestionem propositam affirmative respondendum esse, praesertim, si bona deinde obvenientia tamquam pertinens et accessorium eorum considerentur, aut si alias etiam testator generaliter loculus fuerit de omnibus bonis suis, atque hanc locutionem ad bona praesentia expresse non restrinxerit. Pertinet huc elegans locus ex Klockio *tom. 1. cons. 7. n. 784.* Ubi sequentia reperiuntur: *Und weiss man sich zu erinnern bey vielen illustribus familiis, dass die pacta familiae, so sie auffg erichtet, auch darüber der Kaeyserl. Majestaet Confirmation erlanget haben, ebenmaessig ad bona quaerenda sich erstrecken, also dass dieselbe, wann sie onere fideicommissi einmal afficiret und verfangen, nicht können auff Fremde alieniret noch veraeussert, oder aber im widrigen Fall von denen successoribus vindiciret werden.* Omne interim dubium, si quod subesset, penitus tolleretur, si testatori bonorum acquirendorum in dispositione sua expresse mentionem injecisset, v. g. si dixisset, *dass seine Lande, oder Güter, und was denenselben ins künfftige ferner accrescirea möchte, unzertheilt beysammen bleiben sollen.* Ubi enim et quotiescumque expressa voluntatis declaratio subest, ibi nulli disputationi locus relinquitur, nec opus est, ut ad conjecturas atque praesumptiones recurramus, quippe quae in obscuris et incertis solum adhibentur.

§. 15. Hactenus de fideicommissis familiae per modum ultimae voluntatis constitutis solliciti fuimus; nunc quoque de illis, quae per modum conventionis inter vivos constituuntur, nonnulla addenda erunt. Tangenda vero ante omnia quaestio praejudicialis: *utrum scilicet ejusmodi conventionibus fideicommissa perpetua constituere legibus concessum sit?* Hic in eo convenire video pleroscque interpretes, quod de fideicommissis *particularibus* nulla dubitatio adsit, quin ita constitui queant, ex ratione, quod per conventionem de rebus singularibus paciscentibus potestas testandi non adimatur, quam decisionem evangelicam esse testatur Jason. *in l. stipulatio hoc modo concepta. ff. de v. o. n. 19.* ubi ex illa communi dd. decisione dicit, valere conventionem nobilium de non alienandis quibusdam bonis in vita, nec in ultima voluntate, v. Gail. *2. obs. 126. n. 8. et obs. 127. n. 3.* Boer. *decis. 355. n. 3.* Curt. Jun. *cons. 81. n. 3.* Oldrad. *cons. 131.* Andreoli *controv. 15.* Honded. *l. 1. cons. 40* Capyc. Latro *decis. 2.* Menoch. *cons. 1. n. 150.* Ant. Gabriel. *l. 3. comm. opin. tit. de pact. 3. conclus. 1. n. 3. et 9.* Vultej. *4. cons. marpurg. cons. 54. n. 28. seq.* Knipschild. *de fideicommiss. fam. cap. 6. n. 34.* Dicitur vero et tunc pactum de *certa re* factum, si quis gravatus restituere haereditatem, quae *aliunde* obvenit disponenti: vel si pactum conceptum de bonis *praesentibus*: vel simpliciter de *bonis*, quia intelligitur de praesentibus: vel quando relatum esset ad bona, *tunc per paciscentes possessa*: vel conceptum de omnibus bonis, *reservata tamen aliqua re*, de qua testari deinde liceat, quae omnia fuse prosequitur Vincent. Fusarius *de fideicomm. substit. qu. 308. a. num. 80. usque ad n. 88.* Et tale pactum non potest revocari, Cravett. cons. *19. n. 12. seq.* Dec. *lib. 1. cons. 31. n. 63. et cons. 41. n. 37. seqq.* contractus enim, quia principio sunt voluntarii, ex postfacto necessarii fiunt, Fusarius *loc. cit. n. 88.*

§. 16. Verum enim vero, quamvis fideicommissis particularibus effectum ita concedant dd. intuitu tamen fideicommissorum *universalium* in omnia alia eos sibire deprehendimus, et quamvis hanc opinionem de illicita constitutione fideicommissorum universalium per pacta juri non adeo conformem esse censeat, dn. Praeses *de cautel. testament. cap. 22. membr. 1. §. 18.* in praxi tamen eam receptam esse dicit Schilt. *ex. 42. th. 19.* vid. dn. Praeses *loc. cit.* et hinc dd. fundamenta, quibus nituntur, adduxisse, non inutile erit. *Primo* provocant ad *l. licet c. de pact.* ubi pactum futurae successionis inter privatos non valet. *Secundo* adducunt rationem, quod haereditas pacto dari non possit, *l. haereditas c. de pact. convent.* Socin. Jun. *cons 44. §. 2. lib. 2.* Alciatus *lib. 8. respons. 74. n. 1. seqq.* Ceph. *cons. 511. n. 34. Tertio* dicunt, hoc pactum impedire liberam testandi facultatem et inducere votum captandae mortis, et ideo tamquam contra bonos mores a jure esse reprobatum, Alciatus *d. resp. 74. n. 1.* Ruin. *l. 4. cons. 112. n. 1. Quarto* allegant, facultatem disponendi de rebus suis et universo patrimonio leges concessisse sub certa forma, hoc est, per solemne testamentum, quapropter si verba contractus respiciant tempus post mortem, actus nullus est, Alciatus *loc. alleg.* Alex. *lib. 2. cons. 83.* et hinc *quinto* inferunt, fideicommissa (universalia) per viam conventionis et in contractibus constitui non posse, et si siut constituta, eorum revocationem ad libitum concedi, vid. Bart. *cons. 212. et in l. ult. n. 10. c. de pact.* Decian. *l. 1. cons. 31. n 64. 72. et 158.* Peregrin. *cons. 4. n. 1. et in tract. de fideicomm. substit. quaest. 308. a num. 1. usque ad num. 6.* ubi dicit, hanc opinionem esse receptissimam, nec ab eo consulendo aut judicando recedi debere, nulla habita consideratione, quod nonnulli dd. ab eodem adducti contrariam sententiam probaverint. Possemus hic quidem diversa monere, quod nempe illa assertio dd. extra respectum juris romani et secundum mores Germanorum ita simpliciter admittenda non sit; verum quia haec materia ad nos in praesenti principaliter non pertinet, hinc brevitatis studio talia praeterimus, videri interim potest dn. Praeses *in caut. contract. sect. 3. cap. 6. §. 8.* Barthol. Masculus *tr. de success. convent. membr. 1. class. 1. concl. 3. n. 58.*

§. 17. Interim modo ad latam opinionem, de non permissa constitutione fideicommissi universalis per modum contractus, dd. limitare consueverunt in *personis illustribus*, id est, principibus, comitibus, baronibus et nobilibus immediatis, quippe inter quos ha-

jusmodi conventiones pro conservatione familiarum initas consuetudine passim receptas esse, et pactum initum, ut castra et bona gentilitia in familia penes masculos maneant nulloque ratione, sive inter vivos, sive ex successione ad foeminas aliasque personas extraneas transferantur, valere, nec revocari, nec invitis aliis, quorum interest, retractari, nec sub poenitentia, vel alio praetextu ab illo pacto recedi posse, communiter adstruunt, Zasius *vol.* 2. *cons.* 1. *n.* 14. Fichard. *vol.* 1. *cons.* 45. *n.* 2. Peregrin. *de fideicommiss. art.* 51. *n.* 34. Castrens. *cons.* 164. *n.* 5. *seqq.* Rationes hujus assertionis sequentes adducunt, quod scilicet in principibus et illustribus personis omnis sinistra praesumptio, vel suspicio captandae mortis alienae cesset, adeoque hujusmodi pacta et statuta gentilitia favorabilia sint, quia ad pacem, tranquillitatem imperii et defensionem sub litorum spectant, quorum interest, ne alienis et ignotis dominis subjiciantur, et lugubre ac deplorandum foret, videre antiqua majorum praedia et castra ad extraneas pervenire manus; praeterea status et ordines imperii habent omnimodam jurisdictionem et sic potestatem condendae legis in suis territoriis, contractus autem per eos celebrati, qui potestatem legis condendae habent, ipsi etiam vim legis obtinent, imo cum militibus jure romano de successione pacisci permissum fuerit, nulla causa adest, quare talis facultas illustribus personis denegetur, vid. Zasius *d. vol.* 2. *cons.* 1. Socin. jun. *vol.* 1. *cons.* 143. Gail. 2. *observ.* 127. Knipschilt. *de fideicomm fam. cap.* 6. *n.* 48. *seqq.* Quamvis vero Nicol. Betsius *in tract. de statut. pact. et consuet. famil. illustr. cap.* 5. §. 12. *seqq.* rationes modo adductas non in omnibus approbet, sed eas impugnare nitatur; non video tamen, in quo illa revera dissentiat, cum §. 19. *d. cap.* 5. opinioni reliquorum dd. nihilominus accedat, addita eadem ratione, quam §. 12. *usque ad* §. 17. ante impugnare visus erat, quod nempe in familiis ita sibi mutuo successionis pacto substitutis, extantibus pluribus utrinque agnatis, improbabile et detestandum votum captandae mortis alterius, sive voluntatem, sive potestatem spectes, non jam facile praesumendum sit, ut in singulis personis.

§. 18. Talia igitur pacta gentilitia non tantum inter ipsos paciscentes in vim conventionis subsistunt, sed etiam quoad ipsorum posteros vim habent paternae dispositionis, Knipschilt. *de fideicommiss. fam. cap.* 6. *n.* 55. Quamvis enim aliud sit pacisci, aliud inter liberos testari: quando tamen de mente paciscentium constat, quod non tantum inter se pacisci, sed etiam posteris providere voluerint, tunc conventio omni meliori modo sustinetur, et inter descendentes quoque a paciscentibus saltem jure simplicis divisionis et dispositionis inter liberos ab intestato quoque observari debet, eo quod parentum voluntas, quae ut testamentum non subsistit, nihilominus in vim divisionis inter liberos religiose observanda sit, *l. filii.* 16. *l. si cogitatione.* 21. *l. fin. c. fam. hercisc. l. si filia nupta.* 20. §. *si pater.* 3. *ff. eod.* Natta *in l. hac consultissima* §. *ex imperfecto. n.* 120. *et* 210. *c. testam.* Harim. Pistor. 1. *quaest.* 2. *n.* 31. Knipschilt. *d. c. p.* 6. *n.* 55. Hanc sententiam ex eo quoque confirmant dd. quod saepius validum et bonum argumentum sumatur ab ultimis voluntatibus ad contractus, juxta Everhard. *in topic. loc. a contract. ad ult. volunt. et contrn.* Jam autem certum est, quod unius familiae probabilis illa sit consuetudo, qua cavetur, ut certo modo in illa familia testentur, Jason. *cons.* 46. *n.* 3. *lib.* 1. Boer. *qq.* 155. *n.* 29. quidni igitur etiam pacto tale quid introduci posset, per quod indiscreta et promiscua libertas alienandi nonnihil in ordinem redigatur et circumscribatur. Hering. *de fidejuss. c.* 1. *n.* 129. vocat talia pacta *einen Burgfrieden*, Modest. Pistoris *part.* 1. *cons.* 21. cum ad conservationem, dignitatem, imo et communem pacem atque concordiam alicujus familiae pertineant. Exempla hujusmodi pactorum in familia comitum de Oldenburg et Delmenhorst anno 1360. et anno 1463. Nobilium a *Viermund* a. 1495. nec non nobilium a *Freyberg* a. 1566. quibus alienationes bonorum prorsus interdictae fuerunt, adducit Hering. *de fidejuss. citat. c.* 1. *n.* 130. ubi etiam addit. *n.* 131. quod pacta plurium fratrum de non alienando extra familiam, adhuc multo sint validiora, si prohibitio parentis, alienationis simpliciter inhibitoria, praecesserit, quia prohibitio nova addita veteri prohibitioni, veterem ampliat et magis corroborat, Decius *cons.* 636. Natta *lib.* 3. *cons.* 481. *n.* 16. Alex. *lib.* 7. *cons.* 93. *col. fin.*

§. 19. Quaeritur autem: *utrum etiam acceptatio tertii illius requiratur, in cujus favorem fideicommissum ejusmodi per modum conventionis constituitur?* Recurrendum hic est ad *l. quoties* 3. *c. de donat. quae sub mod.* ubi ex pacto de restituenda certa re donata utilis actio tertio indulgetur. Ergo non inutiliter quidem adhibebitur acceptatio tertii, cui fideicommissum olim est restituendum; interim tamen, ut illa praecise adhibeatur, nulla necessitas urgere videtur. Quod hodie etiam intuitu restitutionis universitatis bonorum eo magis obtinebit, postquam ex simplicitate juris gentium etiam ex pacto alterius alteri jus acquiri coepit Mev. 4. *decis.* 12. *n.* 5. Dn. Praeses *de caut. testam. cap.* 21. *membr.* 2. §. 18. Et quamvis de jure romano hoc simpliciter et universaliter non procedat, haud ignotum tamen est, in materia pactorum jus romanum utplurimum non esse receptum, sed mores Germaniae solum attendere vinculum obligationis naturalis. Neque adeo etiam necesse est, ut confugiamus ad illam subtilitatem ejusdem juris romani, quod quidem in tali conventionali fideicommisso directa actio tantum acquiritur paciscenti, utilis vero illi, cui quid restituendum. Nam ipsi Jcti romani jam agnoverunt, in effectu nihil subesse, utrum directam, an vero utilem actionem quis habeat, cum per utramque idem plane consequatur, *v. l.* 47. *ff. de negot. gest.* multo minus itaque subtilis illa distinctio in foris nostris diversum effectum producere poterit. Aliud est, si de regulis prudentiae quaerimus, annon scilicet melius sit ad praescindendum omne dubium, ut consensus et acceptatio tertii adhibeatur; tunc enim non est negandum, tutius agi, si tertius promissionem acceptet. vid. dn. Praeses *loc. cit.* §. 19.

§. 20. Cum vero fideicommissa speciem quamdam donationis contineant, hinc dubio non caret, annon eorum intuitu insinuatione opus sit, quae alias in donationibus requiritur *in l. sancimus c. de donat.* Multos esse in illa opinione, quod etiam principes, comites, barones et nobiles immediati donationes suas quingentos solidos excedentes et per modum fideicommissi familiae factas insinuare teneantur, refert Knipschilt. *de fideicomm. fam. c.* 6. *n.* 65. ubi adducit Si-

chard. *ad l. sancimus* 34. *n.* 19. *c. de donat.* Ant. Gabriel. *l.* 8. *commun. conclus. de donat. concl.* 1. *n.* 23. Wesenbec. *cons.* 42. *n.* 70. Hier. Treuler. *vol.* 2. *disp.* 14. *th.* 6. *lit. d. vers. hoc tamen.* Socin. jun. *l.* 1. *cons.* 69. *n.* 41. aliosque; interim tamen Knipschilt. *d. l. n.* 56. 66. *seqq.* huic opinioni recte repudium misit, ex illa ratione, quia hodie duces, principes, comites et barones in suis territoriis et regionibus imperatori comparantur, et in iis eamdem potestatem habent, quam imperator in imperio romano obtinet. At vero donationes imperatorum necessitati insinuandi non sunt adstrictae, *d. l. sancimus. c. de donat.* Obrecht. *disp.* 2. *de donat. conclus.* 197. ut adeo decorum non sit, horum dominorum donationes ad instar plebejorum ad certa solemnia adstringere. Knipschild. *d. l. n.* 68. Imo nec in fideicommissis nobilium mediatorum particularibus insinuatio ex necessitate juris exigi poterit, quamvis ex diverso fundamento. Verum quidem est, tales nobiles mediatos nullam superioritatem territorialem exercere; interim tamen hoc probe observandum est, donationem, quae in fideicommissis familiae subest, non esse donationem simplicem, sed ob causam factam, quo nimirum testatoris familia ejusque integritas conservetur, veluti, si cautum fuerit, ut certum castrum, exclusis foeminis, apud agnatos in familia maneat, vid. Coelius Bichius *decis. rotae romanae* 207. *n.* 26. Molin. *de hispan. primogen. l.* 2. *c.* 8. *n.* 18. *seqq.* Peregrin. *de fideicomm. art.* 51. *n.* 64. Cardin. de Luca *tr. de fideicomm. disc.* 141. *n.* 16. Knipschilt. *cit. loc. n.* 70. Dn. Praeses *caut. testam. c.* 21. *membro* 1. §. 21.

§. 21. Nova quaestio occurrit: utrum imperatoris confirmatio in fideicommissis familiarum illustrium, de quibus principaliter nobis sermo est, de necessitate requiratur? Non requiri eam existimat Jason. *in l. omnes populi n.* 8. *et* 9. *ff. de j. et j.* ubi dicit, statuta in familiis imperium et jurisdictionem habentibus valere, etiamsi superioris confirmatio non accesserit, add. Tiraquell. *de jur. primog. quaest.* 6. *n.* 5. Vultejus 4. *Marpurgens. cons.* 54. *n.* 23. Ad bene esse talem confirmationem facere statuit, Knipschilt. *d. c.* 6. *n.* 245. dum ita disserit, dubio carere, quod si ad hujusmodi conventiones et fideicommissorum constitutiones, maxime si de bonis illustribus et nobilibus fiant, superioris accesserit auctoritas et confirmatio, eae validiores et firmiores existant, cum per eamdem omnes defectus suppleantur, et tantam vim habeat, ut neque per ipsum instituentem et contrahentem, nec ejusdem successores conventiones initae revocari queant, Ruin. *vol.* 1. *cons.* 196. *n.* 8. Cravett. *cons.* 241 *n.* 10. Paris. *vol.* 2. *cons.* 11. *n.* 5. Distinctius vero procedit dn. Praeses *de caut. testam. c.* 21. *membr.* 1. §. 22. separando scilicet illa pacta, quae fiunt de bonis statuum *feudalibus*, ab iis, quae *allodialia* concernunt. Quod priora, nempe bona feudalia, attinet, ibi extra dubium et juri feudali conveniens est, in hisce bonis requiri confirmationem imperatoris, cum de feudo absque domini consensu vassallus libere disponere non possit, et hoc casu procedunt ea, quae habet Itterus *de feud. imper. cap.* 17. §. 10. Si vero de bonis allodialibus quaestio instituitur, tunc confirmatio imperatoris minime necessaria erit; Itterus *loc. proc. cit.* vid. *capitulat. Joseph. art.* 38. verb. *dabey auch dieselbe über die edition der alten pactorum familiae mit exhibition neuer, ein oder ander Haus allein concernirender und von dem Lehnthumb kein dependenz habender, nicht beschweren*, Besold. *diss.* 1. *nomicop.* 13. *num.* 16. Rhetius *de jur. publ. l.* 2. *c.* 22. §. 10. Reliqua huc pertinentia excussit dn. Praeses. *d. cap.* 21. *membr.* 1. §. 22.

§. 22. Hactenus de bonis familiae et quomodo illa vel per ultimam voluntatem, vel per modum conventionis constituantur, dictum fuit; nunc ordo et rubrica dissertationis postulat, ut de eorum alienatione etiam nonnulla subjiciamus. Facile autem ex hactenus adductis patet, quid de permissione, vel prohibitione alienationis bonorum familiae statuendum sit. Scilicet constituuntur illa ad decus et splendorem familiarum illustrium eo melius conservandum, conservatio autem haec neutiquam obtineri posset, si possessori cuilibet pro lubitu de iisdem disponere liceret. Ergo praecipuus effectus fideicommissorum illustrium familiarum hic ponitur a dd. quod eorumdem alienatio prorsus sit interdicta. *l peto.* 69. §. 1. *et* 3. *ff. de legat.* 2. *l. Marcellus*, §. *res quae. ff. ad sc. trebell.* Gail. 2. *obs.* 137. *n.* 1. Cothmann. *vol.* 1. *cons.* 8. *n.* 109. *seqq.* Knipschilt. *de fideicomm. famil. cap.* 11. *n.* 1. satis enim absurdum esse pronunciat imperator Justinianus nec non irrationabile, rem, quam quis in bonis suis pure non possidet, ad alios posse transferre, *l.* 3. §. 2. *c. commun. de legatis.* hinc alienatio est contra naturam fideicommissi. Decian. *lib.* 1. *cons.* 52. *n.* 5. ac fideicommissum subsistere et tamen bona nihilominus alienari posse, incompatibilia sunt, et sic tamquam inter se contraria juxta se stare non possunt, Socin. Sen. *lib.* 4. *cons.* 43. *vol.* 1. *et* 2. Curt. Sen. *cons*, 64, *col. ult.* Hondedaeus *lib.* 1. *cons.* 33. *n.* 19. et habentur bona restitutioni obnoxia pro bonis alienis, Mynsing. *decad.* 6. *resp.* 56. *n.* 6. de rebus autem alienis testari non permittitur, ita, ut dominium transferri possit, *l. cum pater.* 77. §. *mando ff. de legat.* 2. *l.* 14. *in f. ff. de legat.* 3. et quamvis possint legari, ut haeres eas redimat, non tamen titulo institutionis relinqui possunt. Knipschild. *d. cap.* 11. *n.* 4. Haec, quae de alienatione bonorum familiae prohibita diximus, eo extenduntur, ut nequidem ad pias causas de bonis restitutioni subjectis testari permittatur, Nicol. Everhard. *cons.* 71. *n.* 10. Knipsch. *loc. cit. n.* 3. Invalidum enim et prorsus nullum est, quicquid fit, vel factum est ab eo, qui faciendi non habuit facultatem, Uran. *tom.* 3. *cons.* 30. *de matrim. n.* 3. adeo, ut nulla major sit nullitas, quam cum quid factum sit, quod est extra potestatem, Giurb. *decis.* 96. *n.* 10.

§. 23. Interim in bonis familiae ad impediendam alienationem extra familiam non praecise et necessario semper requiritur, ut prohibitio alienationis a testatore dispositioni suae expresse inferatur, v. g. *prohibeo alienationem quamcumque et in perpetuum, declaro illam, si forte suscepta fuerit, nullam, irritam et invalidam*, et quae sunt similia; sed ejusmodi bonis hoc ex se et sua natura jam inest, quod alienari nequeant. Scilicet haec est mens atque intentio eorum, qui fideicommissa familiae constituunt, ut nomina, familias et facultates suas perpetuas faciant, (in quantum scilicet consilio et viribus humanis in hac rerum vicissitudine fieri potest,) quo ipso omnis alienatio in personas extraneas interdicta intelligitur, utpote quae ejusmodi perpetuitati e diametro contraria est. Et quo-

niam pacta, statuta, leges atque dispositiones secundum causam finalem intelligendae et restringendae sunt, v. Nicol. Everhard. *in loc. argum. legal. in loc. a cessat. rat.* Tiraquel. *in tract. caus. cessant.* §. *legis causa* Alciat. *de verb. et rer. signif. l.* 1. *n.* 10. *seqq.* Menoch. *de praesumpt. l.* 3. *praes.* 38. *n.* 1. *seq. et l.* 6. *praesumpt.* 10. *per tot.* Accedit et haec ratio, quod is, qui hujusmodi fideicommissa instituit, ea omnia voluisse et sancivisse intelligatur, quae sunt fideicommissorum propria et naturalia, et sine quibus ea subsistere nequeunt, sicuti hoc ipsum de primogenitorae jure tradunt Castren. *l.* 2. *cons.* 164. *n.* 3. *et* 4. Socin. sen. *l.* 3. *cons.* 47. Guid pap. *quaest.* 506. *dec. cons.* 397. *n.* 6. Molina *de Hispan. primog. l.* 1. *c.* 3. *n.* 5. Knipschild. *de fideicomm. fam. cap.* 11. *n.* 9. *et* 10.

§. 24. Quamvis vero variae sint dd. opiniones intuitu quaestionis: *utrum prohibita venditione etiam translatio titulo lucrativo facta intelligatur?* de quibus vid. Petr. Anton. de Petra *in tract. de fideicomm. qu.* 8. *n.* 2. *seqq.* id tamen in confesso est, quod quando dispositio simpliciter de *alienatione* loquitur, tunc prohibitus alienare, dicatur etiam prohibitus facere quemcumque actum, per quem alienatio sequi possit, Natta *cons.* 110. *n.* 11. *et cons.* 543. *n.* 13. Petra *cit. quaest.* 8. *n.* 43. *et* 44. ex quo inferunt, ipsam etiam promissionem de alienando prohibitam intelligi, qui enim alienare nequit, is quoque nec de alienando promittere potest. Bald. *in l. fin. c. ad l. falcid.* Jason. *in l.* 2. *ff. de jurisdict.* sed sicut ipsa alienatio, ita quoque promissio de alienando nulla est, Alex. *l.* 4. *cons.* 17. *n.* 6. *seq.* Tusch. *lit. a. concl.* 261. *n.* 24. Knipschild, *d. cap.* 11. *n.* 35. *et* 36. Fluit exinde prono alveo, quod bona familiae non possint *vendi*, Fusar. *de fideic. substit. qu.* 524. *n.* 1. quia venditio est alienatio, et per venditionem dominium rei venditae in emptorem transfertur. Quamvis vero idem Fusarius *loc. cit. n.* 3. nec non Peregrinus *de fideicomm. art.* 2. *n.* 52. distinguunt hosce duos casus: utrum scilicet fideicommissarius vendat, vel cedat rem fideicommissariam ante ejus agnitionem, vel postea demum, ita, ut posteriori casu venditio non sit prohibita; haec tamen assertio limitatur in eo casu, *quando fideicommissum alteri iterum restituendum*, tunc enim cessio vel venditio nunquam valet in praejudicium aliorum substitutorum, Cagnol. *in l.* 2. *n.* 41. *vers. et quibus c. de pact. in empt. et vendit.* Fusar. *d. l. n.* 14. *et* 15. Unde ad bona et fideicommissa familiae adlata distinctio applicari nulla ratione potest. Similiter bona familiae alteri *donari* nequeunt, quia et donatio est species alienationis, *v. nov.* 7. *c.* 1. *vers. alienationis.* et traditionis necessitatem continet, §. 2. *j. de donat.* Peregrin. *de fideicomm. art.* 14. *n.* 4. Imo nec *locationem ad longum tempus* promiscuus concedunt dd. secundus casus est, inquit Fusarius, *de fideic substit. quaest.* 575. *n.* 2. quando agitur de prohibito alienare, et tunc, licet is possit locare ad modicum tempus, non poterit tamen locare ad longum tempus, et locando incidit in commissum, si alius in casu alienationis sit vocatus, Din. *in l. codicillis.* §. *instituto. ibi Bart. Imol. Paul. castr. ff. de legat.* 2. Petra *de fideicomm. qu.* 8. *n.* 81. *seqq.* Peregrin. *de fideicomm. art.* 40. *n.* 106. *seqq.* Rationem reddunt, quia locatio ad longum tempus facta, juxta receptam practicorum opinionem, est species alienationis, et de natura hujusmodi locationis, ut utile dominium in conductorem transferatur, Fusarius *d. quaest.* 525. *n.* 3. ibique plurimi alii allegati. Possemus hic porro fusius deducere, quod non liceat bona familiae alteri *in solutum dare, hypothecare vel oppignorare, fidejussione obligare, permutare, in dotem dare*, quod non possit de illis *transigi*, si per transactionem bona in tertium transferuntur, *compromitti*, quod in iis non constituatur *perpetuus* census, quod prohibita sit *in feudum datio et emphyteuseos constitutio*, et quae sunt similia alia; verum enim vero cum haec omnia partim ex generali prohibitione et natura bonorum familiae per se et sua sponte fluant, partim etiam a Peregrino, Petra, Fusario et aliis ex genuinis fundamentis jamdum demonstrata fuerint; hinc operae pretium esse non duximus, ut singula hic iterum inseramus, videri ea possunt in compendio et justo ordine disposita apud Knipschild. *de fideic. famil. cap.* 11. *per tot.*

§. 25. De eo dubitari posset, annon alienatio bonorum familiae eo casu sit licita, *si princeps, aut quicumque superior, alienationem illam permiserit?* Pro ratione dubitandi adduci forsan posset, quod fideicommissa familiae integrum suum esse habeant ex legibus humanis, quibus princeps superior est, unde statuunt dd. principem ea tollere posse, quae sunt juris positivi humani, Gail. 1. *obs.* 85. *n.* 8. Hoc tamen non obstante, sententia negativa, quod nempe alienatio bonorum familiae nequidem cum permissione principis valida sit, omnino praeferenda esse videtur, unde Knipschild. *d. cap.* 11. *n.* 215. hanc thesin recte ponit, non posse principem concedere, ut res fideicommisso subjecta et alienari prohibita, extra familiam alienetur, unde etiam in alio casu, *cap.* 8. *n.* 380. infert, non posse principem agnatis invitis, non citatis et non consentientibus, filium naturalem ita legitimare, ut hic in bonis fideicommissariis una cum legitimis admittatur et succedat. Quamvis ergo princeps legibus humanis sit superior, et circa ea, quae juris positivi sunt, dispensare queat; hoc tamen ita limitandum est, nisi tertius aliquis jus quaesitum jam obtinuerit, ubi nihil interest, an jus jam sit realiter quaesitum et delatum, an vero in spe certa et considerabili, veluti ex testatoris dispositione, vel substitutione orta, consistat, de hac enim spe idem judicatur, quod de re ipsa et jure acquisito, Cephal. *lib.* 3. *cons.* 381. *n.* 6. Franc. Aretinus *consil.* 3. Knipsch. *d. c.* 8. *n.* 382. 383. Hinc uno ore dd. asserunt, quod princeps nemini jus suum quaesitum auferre possit, Cravett. *cons.* 5. *n.* 4. Bart. *in l. item si verberatum. ff. de rei vind.* Quod etiam insertum capitulationibus caesareis, v. *capit. Josephi art.* 3. ibi: *Fürsten, Praelaten, Grafen, Herren und Staende, samt der unmittelbahren freyen Reichs Ritterschafft bey ihren Hoheiten, Geist- und weltlichen Würden, Rechten, Gerechtigkeiten, Maht und Gewalt, auch sonst jeden nach seinen Stand und Wesen verbleiben lassen, ohne Unsern und maenigliches Eintrag und Verhinderung.* Itaque quando nihilominus jus tertii per rescriptum, sive jussum principis laeditur, tunc princeps hoc per importunitatem partis fecisse, et rescriptum per sub-et obreptionem obtentum esse praesumitur, quia princeps ob multitudinem negotiorum omnibus intentus esse, et omnium memoriam habere non potest, v. *c. fin. de-*

script. in 6. Jason. *in l. quoties n.* 3. *c. de precib. imperat. offerend.* Phil. Corn. *vol.* 4. *cons.* 135. *n.* 3. Gail. *l.* 2. *obs.* 88. *n.* 7. 8. *seqq.* Unde laudatur Agesilaus tertius Asiae rex, qui omnibus regni sui urbibus scripsisse fertur, quod, si quid in literis, quae ejus nomine scriberentur, esset, quod legibus adversari videretur, crederent, ignaro se hujusmodi literas scriptas fuisse, et propterea eis non parerent, Gail. *d. obs.* 88. *n.* 10. nonnunquam enim male instruitur et informatur princeps, add. *l.* 1. *c. de petit. bonor. sublat.* Cravett. *cons.* 296. *vers. venio.* Gail. *loc. cit. n.* 8. Et hinc licet clausula: *motu proprio*, maximae et praecipuae sit potestatis, in eo praesertim, quod tollit vitium omne sub et obreptionis; jus tamen alteri quaesitum non adimit, sed interpretatio ita fieri debet, ut ne uiquam injuria inferatur, Christin. *vol.* 2. *decis.* 74. *n.* 4. *et decis.* 75. *n.* 4. Tulden. *ad cod. tit. si contra jus, vel util. publ* Bald. *in l.* 1. *de constit. princ. et in c* 15. *X. de offic. de leg.* Anton. Faber *in cod. lib.* 1. *tit.* 12. *Defin.* 1. Haec omnia, quae hactenus adduximus, in praesenti nostra materia eo magis locum inveniunt, quando superior dispositionem, in qua fideicommissa familiae constituta sunt, ipse confirmavit, addendo in specie, *dass der Besitzer nicht Macht haben solle, zu Nachtheil seiner Nachfolger seine dergestalt ererbte Güter zu verkauffen, oder in andere Wege zu alieniren, sondern er dieselbe vielmehr, so viel muglich, zu vermehren und zu bestern befliissen seyn solle.* Quemadmodum enim verbum, *Soll, debet*, praecisum necessitatem importat, Rimnald. *cons.* 759. *n.* 14. et in constitutione vel rescripto positum ejus est naturae, ut importet necessitatem, et actum in contrarium factum reddat nullum, Decian. *vol.* 3. *cons.* 75. *n.* 11. Ita verba *nicht Maht haben*, inferunt ejusmodi legem prohibitivam, quae tacitam clausulam habet de nullitate, Marc. Anton. de Amat. *dec* 67. *n.* 8. Chassan. *in consuetud. Burgund. rubr.* 4. §. 7. *verb. ne pervent. n.* 1. Quod ergo ipse princeps ita prohibuit, et exinde alteri jus obvenit, illud ex postfacto per principem mutari, et tertio jus quaesitum auferri nequit.

§. 26. Haec ita constituunt regulam de prohibita alienatione bonorum fideicommisso subjectorum; interim tamen dd. nonnullas etiam exceptiones admittunt, prout et alias cum plerisque regulis juridicis eodem modo comparatum esse solet, ut scilicet nulla regula tam sit firma, quae non admittat exceptionem. Referunt vero ad exceptiones *casus necessitatis*, quia in omni dispositione generali, vel universali, exceptus praesumitur actus, qui fit ex causa necessaria, *v. l. alienationes* 13. *ff. fam. hercisc. l.* 1. *pr. ff. de fund. dotal.* Tusch. *lit. a. concl.* 262. *n.* 1. *seq. et lit. n. concl.* 18 *num.* 1. *seq.* Jason. *in l. fin. n.* 48. *seq.* (*de jure emphyt.* Tiraquel. *de retract. lignag.* §. 1. *gloss.* 14. *n.* 1. Molina *de Hispan. primog. l.* 1. *c.* 10. *n.* 20. Castrens. *l.* 1. *cons.* 183. *in f.* Knipschild. *de fideicomm. famil. c.* 11. *n.* 453. 454. Referunt hac, quando alienatio fit pro solutione aeris alieni ipsius defuncti, aut pro funere ipsius, vel pro legatis ab eo relictis persolvendis, Gail. 2. *obs.* 137. *n.* 4. Carpzov. *p.* 3. *const.* 8. *def.* 34. *n.* 2. 3. item ob necessitatem famis, vel pro redemptione haeredis, Gail. *d. l.* Bartol. *in l. quemadmodum* 7. *n.* 5. *c. de agric. et censit. l.* 11. Carpzov. *d. def.* 34. *n.* 6. quam necessitatem naturalem vocat Knipschild. *d. cap.* 11. *n.* 463. item propter aes alienum ipsius haeredis, Jason *in l. Marcellus* 3. §. *res quae* 3. *n.* 3. *ff. ad sc.* Trebell. Carpzov. *d. p.* 3. *c.* 8. *d.* 35. Huc etiam refert Knipschild. *d. c.* 11. *n.* 465. necessitatem legalem, veluti quando lex jubet patrem, filiam dotare *l.* 1. *fin.* §. *pen. c. de dot. promiss.* Menoch. *arbitr. jud. cas.* 182. *n.* 66. vel liberis alimenta praestare, *l. si quis a liberis* 5. *ff. de agnosc. et alend. liber.* Knipschild. *d. c.* 11. *n.* 465. et quae sunt hujusmodi generis alia plura.

§. 27. Varia tamen et circa hosce casus monenda veniunt. Primo, quando alienatio fit ob aes alienum ipsius defuncti, tunc quidem alienatio subsistit, quia bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno; ante omnia tamen eo respiciendum est, annon praeter bona familiae adsint bona libera, eaque ad causam istam necessariam sufficiant, Knipschild. *d. cap.* 11. *n.* 483. Carpzov. *p.* 3. *c.* 8. *def.* 34. aut, annon ex fructibus rerum fideicommissariarum causis hujusmodi necessariis succurri, et inde debita, nec non dotes, alimenta et similia exsolvi possint; si enim hoc, tunc ad rerum ipsarum fideicommisso subjectarum alienationem perveniri nequit, Petra *de fideicomm. qu.* 8. *num.* 384. 460. et 489. Peregrin. *de fideicomm. art.* 42. *n.* 71. Molina *de Hispan. primog. l.* 4. *c.* 6. *n.* 15. Knipschild. *d. c.* 11. *n.* 484. Debent etiam alienari res primum steriles, et quae servando servari nequeunt, Gars. *de expens. et meliorat. c.* 16. *n.* 7. et deinde res mobiles prius, quam ad immobilia deveniatur, Gars. *d. l. n.* 7. nec debet alienatio ultra quantitatem debiti fieri, Knipschild. *d c.* 11. *n.* 487. Porro agnatis et reliquis successoribus salvum esse debet jus, res alienatas retrahere et redimere: cum enim testator sive fideicommissi institutor velit; ut bona haec perpetuo in familia maneant, ipse quoque voluisse censetur, ut hoc casu agnatis; qui sunt de familia, redemptio sive jus retractus concedatur, conf. Reinking. *de retract. consanguin. qu.* 3. *n.* 10. *seq.* Knipschild. *d. cap.* 11. *n.* 488. 489. Carpzov. *p.* 3. *c.* 8. *def.* 35. *n.* 1. 2. Valde etiam utile est decretum judiciale, ejusmodi alienationem praecedens, quia illud solemniter et praevia causae cognitione interpositum transfert onus probandi in fideicommissarium; eo autem deficiente, possessor probare debet, quod causa necessaria extiterit, et quod non adfuerint bona alia, ex quibus solutio fieri potuerit, Carpzov. *d. p.* 3. *c.* 8. *def.* 36. *n.* 4. Imo nec hoc praetermittendum, quod non pauci dd. in ea sint opinione, alienationem ne quidem in casu necessitatis esse permissam, si cum tacita et legali expressa quoque alienationis prohibitio concurrat, Vultej. 4. *Marpurg. cons.* 14. *n.* 36. Tiraquel. *de primogen. qu.* 61. Knipschild, *d. c.* 11. *n.* 11. Jason. *vol.* 3. *cons.* 53. *col.* 3. *post. princ. vers. item quando testator.* Caepoll. *in tract. de usucap. pro empt.* §. *si contra n.* 28. *seqq.* Cephal. *cons.* 133. *n.* 62. *seqq.* Petr. Anton. de Petra *de fideicomm. quaest.* 8. *n.* 254. quoniam duo vincula fortius ligant, quam unum. Nisi forte excipias casum, quando necessitas ab ipso testatore provenit, Petra d. *qu.* 8. *n.* 254.

§. 28. Quod si itaque bona familiae contra eorumdem naturam et intentionem primi constituentis de facto nihilominus alienari contingit, tunc alienatio est invalida, ita quidem, ut si alienationis prohibitio expresse per ultimam voluntatem, vel a lege facta fue-

rit, alienatio ipso jure sit nulla, nec dominium per illam transferatur. Elegans textus hanc in rem deprehenditur in *l. peto* 69. §. *fratre* 3. *ff. de legat.* 2. ubi ita Papinianus: *fratre haerede instituto petiit, ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur: si non paruerit haeres voluntati, sed domum alienaverit, vel extero haerede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerunt.* add. *l. cum pater.* 77. §. *libertis.* 27. *it. l. pen.* §. *instituto.* 15. *ff. de legat.* 2. Vincent. Fusarius *de fideicomm. substit. qu.* 553. *n.* 2. *et quaest.* 717. *n.* 1. *seq.* Hering. *de fidejussor. c.* 1. *n.* 88. *seq.* Schurff. *cent.* 2. *cons.* 6. *n.* 5. Sichard. *in l. ea lege.* 3. *n.* 3. *c. de condict. ob. caus. dat.* Gail. 2. *obs.* 16. *n.* 7. Voluntas enim testatoris pro lege habetur, alienatione autem contra prohibitionem legis facta, dominium non transfertur ob legis resistentiam, *tot. tit. ff. et c. de praed. minor.* Fusarius *dict. quaest.* 717. *n.* 19. Salicet. *in l. ea lege c. de condict. ob caus.* Ex quo porro sua sponte profluit, quod quoniam dominium per hactenus deducta in emptorem atque possessorem non fuit translatum, neque transferri potuit, ut hinc proximus agnatus et fideicommissi successor, quippe qui dominium ipso jure habet, bona alienata ab emptore statim revocare et vindicare queat, quia emptor vero et legitimo titulo destituitur, *d. l.* 69. §. 3. *ff. de legat.* 2. Knipschild. *de fideic. fam. c.* 11. *n.* 14. et ita quidem, ut non expectanda sit mors gravati, qui alienavit, Alex. *lib.* 1. *cons.* 23. *et l.* 3. *cons.* 32. *n.* 5. Ruin. *l.* 5. *cons.* 127. *n.* 3. Bursat. *lib.* 1. *cons.* 3. *n.* 6. Rol. a Valle *l.* 3. *cons.* 70. *in fin.* Fusar. *quaest.* 554. *n.* 6. Et quod magis adhuc est, dd. hanc assertionem ita ampliare consueverunt, ut is, in cujus favorem prohibita est alienatio, possit auctoritate privata bona contra legem primae dispositionis alienata iterum apprehendere, atque ita jus suum persequi. Sim. de Praet. *de interp. ult. volunt. fol.* 283. *n.* 6. Josepb. Ludov. *p.* 2. *decis. Perus.* 71. *n.* 9. Cravett. *cons.* 241. *n.* 6. Fusarius *d. qu.* 554. *n.* 7. quod tunc eo minus dubium aliquod habebit, si agnatus revocans in apprehensione possessionis bonorum alienatorum omnes prudentiae regulas adhibeat, ne partes ad arma veniant et tumultus oriatur, sed illud tempus eligat, quo scopum suum quam commodissime obtinere potest, hisce enim ita observatis revera dici poterit quod possessio lege permittente apprehensa nec sit violenta, nec precaria, nec clandestina, et quod proinde agnatus revocans non solum in petitorio securus sit, sed et in ipso possessorio manuteneri debeat.

§. 29. Haec ita obtinent, quando prohibitio alienationis per modum ultimae voluntatis facta; verum si per modum contractus, vel pacti facta sit prohibitio, tunc communiter contrarium asserunt dd. ita scilicet, ut quamvis per alienationem fideicommissarius legi contractus contravenerit, dominii tamen translatio propterea non impediatur, et per consequens proximo successori in familia rei vindicatio contra tertium possessorem non concedatur, sed hic solummodo adversus alienantem actionem personalem instituere possit ad interesse, sive rei aestimationem, vel ad solvendam poenam, si quae ab initio stipulata fuerit. v. *l. ita siquis* 135. §. *ea lege* 3. *ff. de v. o.* Peregrin. *de fideicomm. art.* 51. *n.* 72. Natta. *vol.* 2. *cons.* 474. *n.* 7. Jason. *in auth. res quae n.* 2. *c. commun. de legat.* Goedd. *de contr. stipul. c.* 6. *concl.* 1. *n.* 4. *seq.* mod. Pistor. 1. *cons.* 21. *n.* 4. Hering *de fidejussor. c.* 1. *n.* 140. Molin. *in consuet. paris.* §. 3. *quaest.* 23. Fusarius *de fideic. substitut. quaes.* 674. *n.* 5. *seqq.* Rationem differentiae hanc adducunt, quod pactum non possit rem afficere, sed tantum personam, et sic actionem tantum personalem producat, unde major prohibitionis effectus ejus, quae fit a testatore, vel lege; quam quae fit per contractum, vel pactum, Besold. *cons.* 221. *n.* 47. Decian. *lib.* 1. *cons.* 31. *n.* 13. Barthol. *in l peto* §. *fratre ff. de legat.* 2. Tiraquel. *de retract.* §. 1. *gloss.* 7. *n.* 10. *seq.* Knipschild. *de fideicomm. famil. cap.* 6. *n.* 9. *et c.* 11. *n.* 16. *et* 17. Quamvis vero in *l.* 48. *ff. de pact.* dicatur, manifestissimum esse, ut valeat, quodcumque in traditionibus rerum pactum est; exinde tamen non sequitur, quod propterea dominium non possit transferri, sed pactum valet atque operatur secundum naturam suam, quae est producere obligationem, non autem inhibere dominii translationem, unde vocabulum, *valere*, ex substrata materia interpretationem recipit, v. Knipschild. *d. c.* 11. *n.* 18.

§. 30. Dantur interim et hujus assertionis variae exceptiones, ex quibus nonnullas saltem, et quidem potiores adducere animus est. *Primam* ponunt, si in pacto de alienationis prohibitione juramentum intervenerit, quoniam eo casu non solum ejus, quod stipulantis interest, habenda est ratio, sed et animae jurantis, cujus periculum incurrit, qui alienando et perjurium committendo proximum decipit et Deum offendit, cui omnia juramenta redhibenda sunt, v. Menoch. *lib.* 1. *cons.* 63. *n.* 20. Boer. *decis.* 48. *n.* 18. Brun. *cons.* 67. *n.* 5. Fusar. *de fideicomm. substit. qu.* 674. *n.* 7. ubi plures alios citat, et hanc opinionem magis communem esse dicit, Knipschild. *de fideicomm. fam. c.* 11. *n.* 20. *seqq.* ubi *n.* 24. ad contraria respondet. *Secunda* exceptio est, quando is, qui rem fideicommissariam obligavit specialiter pro observatione promissionis et pacti de re non alienanda, hoc enim casu dominii translatio impediretur, et res vindicari posset, Peregrin. *de fideicomm. art.* 51. *n.* 76. Quamvis vero nonnulli existiment, quod hoc casu etiam generalis hypotheca sufficiat, plurimi tamen in eo consentiunt; requiri obligationem rei fideicommissariae specialem, Natta *cons.* 474. Anton. Negusant. *de pignor. membr.* 1. *part.* 2. *n.* 5. Fusar. *de subsist. fideicomm. qu.* 674. *n.* 13. *seqq.* Didac. Covarruv. *var. resol. lib.* 2. *c.* 15. *n.* 2. *vers. ultimo.* Guid. Pap. *dec.* 569. Rol. a Valle *l.* 2. *cons.* 62. *col. penult.* Peregrin. *d. art.* 51. *n.* 76. 77. *Tertia* est, quando promissioni de non alienando adjectum est pactum, quod si promissor contra fidem alienaverit, ea alienatio sit nulla et invalida, et habeatur pro infecta; nam tale pactum resolutivum habet vim pacti legis commissoriae, ex quo ipso jure dominium retransfertur, *l. commissoriae ff. de pact. int. empt.* Debent autem verba adhiberi resolutionem contractus directo importantia, v. g. *res sit inempta, venditio sit nulla*, secus enim est, si quis verbis obliquis solummodo usus, v. g. *res eo casu mihi restituatur*, v. Peregrin. *d. art.* 51. *n.* 82. Fusarius *de substit. fideicomm. qu.* 674. *n.* 21. Magon. *decis. florent.* 49. *n* 2. *Quartam* exceptionem statuunt, quando pactum super prohibitione alienationis sub poena nullitatis fuisset confirmatum decreto

judicis, Bald. *in l. ult. c. de pact. int. empt. et vend.* Rol. a Valle *lib.* 2. *cons.* 62. *n.* 8. Fusarius *d. qu.* 674. *n.* 19. ubi idem esse dicit, si principis auctoritas intervenit, imo hoc fortius procedere putat. Huc referri potest, quod tradit Hering. *de fidejuss. cap.* 1. *n.* 134. cautelam esse, ut qui prohibitione majorum et sua conventione corroborativa, de non alienando bona avita extra familiam, non sunt contenti, etiam per sententiam sui superioris, aut certe camerae imperialis, se condemnari procurent, ad servanda istiusmodi pacta, cujus exemplum adducit *n.* 135. *Quinta* exceptio est, quando super pacto de non alienando apposita fuisset clausula, quod, alienatione contra pactum secuta, licest stipulatori propria auctoritate rem capere, penes quemcumque sit, Peregrinus *d. art.* 51. *n.* 81. Bart. et alii *in l. creditores c de pignor.* Fusarius *d. quaest.* 674. *n.* 20. *Sextam* addimus, quando hujusmodi pacta a principibus et comitibus facta, haec enim pariunt actionem in rem. Contractus enim ab ipsis celebrati habent vim legis, sicut contractus celebratus cum imperatore, Cuet. jun. *cons.* 74. *n.* 19. quia gaudent jure imperii et jure perpetuo in eorum dominio, nec ligantur legibus in eorum territoria. Quemadmodum ergo, quae a lege alienari prohibentur, alienata actione reali revocari possunt: ita et quorum prohibitio alienationis ex ejusmodi contractibus profluit, Nicol. Betsius *de pact fam. illustr. c.* 4. §. 5. ubi tamen in fine addit, ad majorem securitatem facere, si et aliis cautelis hujusmodi pacta stabiliantur.

§. 31. Postquam nunc ita in praecedentibus ostensum fuit, bona ad fideicommissa familiae spectantia non posse alienari in praejudicium successorum, qui ex prima dispositione jus quaesitum obtinuerunt; jam ordo postulat, ut de reliquis etiam bonis, quorum conservatio ad splendorem familiarum illustrium pertinet, dispiciamus. Primo itaque loco de *bonis majoratus* agemus. Eo autem collimant interpretes, quod bona majoratus tam suapte natura, (quia sunt bona majoratus et vinculo restitutionis subjecta) quam ex dispositionibus testatorum sint perpetuo inalienabilia, quod ita in Hispania inviolabiliter servari, et de hoc nullum dubitare asserit Melchior Pelaez a Meres *de majorat. et meliorat. hispan. part.* 4. *quaest.* 1. *n.* 1. unde licet in aliquo majoratu clausula prohibitae alienationis deficiat, illa tamen pro expressa haberi debet, tam quia clausula est usitatissima, quam quia haec est natura bonorum majoratus, Ant. Gabriel *l.* 6. *comm. opinion. tit. de consuetud. conclus.* 1. *n.* 1. *seqq.* Corneus *lib* 2. *cons.* 131. *col.* 2. Clausulae enim, quae sunt de natura actus, censentur appositae, licet non exprimantur, Decius *in l. ut liberis n.* 18. *c. de collat.* Sim. de Praetis *de interpret. ult. volunt. interpret.* 1. *dubitat.* 1. *solut.* 10. *n.* 67. et contractus praesumitur factus secundum illius naturam, Menoch. *l.* 3. *praesumpt.* 38. *n.* 1. *seqq.* Ales. *l.* 5. *cons.* 21. *n.* 7. Hinc profluit, quod si nihilominus ejusmodi bona ad majoratum spectantia alienentur, alienatio tunc ipso jure nulla sit, sive prohibitio tacite, sive expresse facta fuerit; Pelaez a Meres *d. part.* 4. *quaest.* 1. *n.* 22. nec non sive alienatio facta ab eo, qui scivit, bona alienata esse bona majoratus, sive ab eo, qui ejusmodi qualitatem ignoravit, illius enim ignorantia alterius juri quaesito nullum praejudicium afferre potest; unde vocatus a primo disponente sequens successor non solum pretium rei alienatae, sed et ipsam rem alienatam a quocumque possessore petere potest, Cynus, Bartolus et alii *in auth. res quae c. commun. delegat.* Pelaez a Meres *loc. cit. n.* 70. qui etiam *n.* 73. generalem alienationis prohibitionem ad casus speciales permutationis, dationis in solutum, aliosque plures applicat, et *n.* 90. *seqq.* fuse ostendit, quod ne quidem princeps possit concedere facultatem alienandi bona majoratus, quoniam eo ipso successoribus jus quaesitum auferret, quod nec velle, nec posse intelligitur.

§. 32. Eadem nunc porro ad bona *primogeniturae* facili negotio applicari poterunt. Quamvis enim fideicommissa familiae non in omnibus omnino cum primogenitura conveniant, v. g. quod primogenitura semper primogenito deferatur, non autem fideicommissa familiae, sed in hisce ille succedat, quem institutor nominavit, Knipschilt. *de fideic. famil. cap.* 15. *n.* 7. interim tamen nobis in praesenti pro ratione instituti nostri sufficere poterit, si modo in illo tertio, prohibitae scilicet alienationis, inter se conveniant. Ita vero sese habet communis dd. opinio, quae omni probabili dubitatione caret, primogenitum in bonis primogeniturae subjectis nec haeredem instituere, nec ea alienare posse, quia quoties adjecta est ratio, vel causa, ut nempe res in familia remaneat, tunc demum non solum alienatio, sed etiam haeredis institutio prohibita judicatur, Anton. Gabriel. *commun. conclus. lib.* 5. *de fideicomm. conclus.* 9. *et* 10. Tiraquell. *de jur. primogen. qu.* 53. *n.* 33. Betsius *de pact. famil. illustr. c.* 8. §. 59. *et* 61. Pertinet huc dispositio ipsius *aureae bullae cap.* 25. §. 2. de primogenitura electoratuum imperii: *decernimus igitur et hoc perpetuis temporibus valituro imperiali sancimus edicto, quod ex nunc in antea perpetuis futuris temporibus insignes et magnifici principatus, terrae, districtus, homagia, vasallagia, et alia quaevis ad ipsa spectantia; scindi, dividi, seu quavis conditione dimembrari non debeant, sed in sua perfecta integritate perpetua maneant.* Hinc dd. fideicommissa familiae et bona primogeniturae sequentem in modum comparare consueverunt: quemadmodum fideicommissum instituens vult, bona illa fideicommissaria perpetuo in familia permanere; ita etiam majoratus et primogenitura natura est, ut bona integra et indivisa perpetuo in familia conserventur; Menoch. *lib.* 6. *cons.* 643. *n.* 5. *seq.* et porro: sicut fideicommissorum familiarum nobilium finis est familiae conservatio: ita etiam primogenitorae (ut et majoratus) praecipuus finis est, ut familiarum dignitas, splendor et memoria conservetur, Paris *l.* 4. *cons.* 72 *n.* 83. Socin. *lib.* 3. *cons.* 47. *n.* 7. Molin. *de Hispan. primogen. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 3. Tiraquell. *de jur. primog. quaest.* 71. *n.* 3. item; sicut a fideicommissis familiarum excludantur foeminae, ita etiam hae ad majoratus et primogenitorae successionem non admittuntur, Molin. *de Hispan. primogen. lib.* 3. *cap.* 4. *seq.* Knipschilt. *de fideicomm. fam. cap.* 15. *n.* 6. Hinc concludunt, primogenituram parum differre a fideicommisso, imo esse quid strictius fideicommisso, cum indivisibilis sit primogenitura, et in hoc differat a fideicommisso, quod dividi nulla ratione possit, cum e contra fideicommissum inter multos vocatos dividi soleat, Menoch. *lib.* 8. *cons.* 775 *n.* 8. Knipschilt. *d. cap.* 15.

... cap. 8. §. 39. Hoc ... imperator ex ple... aut primogenito auferre ... 132. n. 126. Schrader. *de* ... 8. c. 2. n. 41. add. de hac ... *de agnatic.* c. 3. *n.* 184. *seqq.* sed ... alienatio bonorum ad primoge... de facto suscepta fuit, bona alie... poterit. Tiraquell. *de jure primogen.* ... 33. Chassenaeus *consil.* 55. Betsius *d.* ... §. 61. *in fin.*

36. Cum etiam *feuda* eo fine concedantur, ut familiae nobiles et illustres eo melius conserventur, et feudum sit honor familiae, Pinell. *in l.* 1. *part.* 3. n. 95. *c. de bon. matern.* hinc quoque non minus, ut in aliis speciebus bonorum familiae hactenus recensitis, feudalium bonorum alienatio est prohibita. 2. *f.* 32. quam prohibitionem Fridericus imperator ita extendit, quod etiam alienationes ante promulgationem legis jam susceptae irritae plane et cassatae esse debeant, nullius temporis praescriptione hoc impediente, prout habet textus 2. *f.* 55. foeminae a successione excluduntur, 1. *f.* 1. §. *hoc autem.* 1. *f.* 8. *fin.* et vassallus feudi possessor gravatus est, feudum post mortem suam filiis, vel agnatis restituere, Paris. *lib.* 3. *cons.* 65. *n.* 16. Schrad. *de feud. part.* 10. *sect.* 9. *n* 114. Knipschilt. *de fideic. cap.* 15. *n.* 10. Ex quo etiam feuda fideicommissis aequiparantur, et validum est argumentum a feudis ad fideicommissa familiarum nobilium, Bursat. *l.* 2. *cons.* 173. *n.* 8. 57. *et* 58. Cephal. *cons.* 445. *n.* 33. Rosenthal. *de feud. cap.* 1. *concl.* 11. *n.* 2. *in not. lit. c.* Et vice versa a fideicommissis ad feuda, Ruin. *vol.* 1. *cons.* 17. *n.* 11. *et cons.* 38. *n.* 16. Dec. *cons.* 445. *n.* 36. Rosenthal. *d. loc. lit. d.* Matth. de Afflict. *in praelud. feud. n.* 178. Knipschilt. *d. cap.* 15. *n.* 12. Idem suo modo obtinet in *confraternitatibus*, sive pactis et foederibus successoriis, *Erb Verbrüderungen*, *Erb-Vereinigungen*, quae ideo introducta, ut territoria et provinciae in manibus illustrium familiarum remaneant, et domini certos principatuum suorum successores habeant, v. Gail. 2. *obs.* 127. Hinc etiam quemadmodum fideicommissa familiarum alienari nequeunt, ita nec ditiones et provinciae confratrum imminui, alienari, vel in alium statum absque alterius consensu transferri possunt; et pacta haec successoria alienationis prohibitionem continent, adeo, ut licet alienatio expresse inhibita non reperiatur, tacite tamen id actum intelligatur, Guttich. *de confratern. conclus.* 8. *lit. d.* Knipschilt. *de fideic. fam. cap.* 15. *n.* 14. *et* 15. Betsius *de pact. fam. illustr. c.* 5. §. 19. *vers. quinto notabiliter.* Unde familiae paciscentes altera in alterius bonis jus quaesitum obtinet, jus tacitae hypothecae habet, ac communi nomine quasi per constitutum possident, ita ut cassae et irritae sint omnes horum bonorum dissipationes, omniaque pacta et conventiones, quae in illustrium confratrum praejudicium tendunt, Nic. Reusner. 1. *cons.* 3. *n.* 48. Myler. ab Ehrenb. *de principib. et stat. imper. p* 1. *c.* 25. §. 19.

§. 34. Hactenus satis fuse, ut putamus, demonstratum dedimus, quod bona familiae, cujuscumque generis demum illa sint, invitis illis, qui jus succedendi habent, et in eorum praejudicium neutiquam alienari possint, sed quod talis alienatio de facto suscepta nulla sit atque invalida, et bona alienata a quocumque possessore revocari queant. Succedit nunc quaestio: annon ejusmodi alienantio pro permissa reputari debeat, si consensus familiae, id est, omnium eorum, qui jus succedendi in bonis familiae habent, in alienatione adhibeatur? Hic, ut distincte procedamus, duo casus ab invicem probe erunt separandi, *primo* scilicet quaeritur, *utrum ejusmodi consensus ipsos consentientes stringat? deinde* vero quaestio succedit: *utrum ille consensus reliquis etiam praejudicet, qui tempore alienationis nondum .dfuerunt, et per consequens etiam consensum suum non interposuerunt?* De singulis separatim omnino agendum erit. Quod vero primam quaestionem attinet, ibi sine dubio locum habebit vulgatum illud, quemlibet favori pro se introducto libere renunciare posse, cum nemini invito emolumentum aliquod obtrudatur, *l.* 29. *vers. cum alia sit regula c. de pact. l. si judex.* 41. *ff. de minor. novell.* 136. *c.* 1. Dalmerus *de renunciat. cap.* 6. *n.* 3. *seqq.* Finckelth. *obs.* 107. *n.* 1. Hinc imp. Gordianus in *l.* 11. *c. de fideicomm.* constituit, quod quoties ab omnibus, qui alienatione facta ad fideicommissi petitionem adspirare possunt, venditio celebratur, aut *quibusdam vendentibus alii consenserint*, contractus auctoritas convelli nequaquam possit; et Ulpianus in eumdem modum respondit in *l.* 120. §. 1. *ff. de legat.* 1. omnibus scilicet, quibus fideicommissum relictum est, ad distractionem consentientibus, nullam fideicommissi petitionem superfuturam esse. Consentiens enim alienationi non aliter consideratur, quam si ipse alienationem suscepisset, Cephal. *cons.* 392. *n.* 22. Vinc. Fusarius *de fideicomm. substit. qu.* 560. *n.* 1. *vers. probatur autem.* Decius *cons.* 448. *n.* 29. Petrus Anton. de Petra *de fideicomm. qu.* 14. *n.* 9. Interim tamen hoc necessarium est, ut omnes, qui de familia sunt, et qui spem habent consequendi aliquando fideicommissi, etiamsi non sint proximi, sed in remotioribus gradibus constituti, alienationi consentiant. Alias enim manemus in regula aequitatis naturalis, quod alteri per alterum iniqua non possit inferri conditio, et quod per consequens proximiores quidem, qui consensum praestiterunt, sibi praejudicium creaverint, minime autem aliis non consentientibus, Peregrin. *de fideic. art.* 52. *n.* 94. Gallus *de except. p.* 2. *tit.* 4. *except.* 26. *n.* 68. Intrigliol. *de substit. cent.* 3. *qu.* 73. *n.* 131. Dn. Praeses *de cautel. testam. cap.* 21. *membr.* 1. §. 12.

§. 35. Haec, quae de consentiente sibi ipsi praejudicante adduximus, omni dubio carent, quando consentiens qualitatem rei alienandae, quod nempe fideicommisso subjecta ea sit, probe cognitam habet; sed quaeritur, quid de eo dicendum, *si consentiens qualitatem illam ignoraverit?* Vincentius Fusarius *in tract. de fideicommiss. substitut. qu.* 560. *n.* 4. hac de re ita disserit, quod nempe assertio, consentientem alienationi haberi pro alienante, ampliandа eaque indistincte capienda, sive consentiens sciverit, sive ignoraverit fideicommissum, quam in rem sequentes dd. adducit, Alexandr. *lib.* 2. *cons.* 128. *col.* 4. *et lib.* 5. *cons.* 8. Coro. *l.* 3. *cons.* 144. *col. ult.* Decium *cons.* 11. Socin. sen. *l.* 4. *cons.* 43. Ruin. *lib.* 1. *cons.* 172. Cravett. *cons.* 24. *n.* 8. Peregrin. *de fideicomm. art.* 40. *n.* 88. Equidem subjungit Fusarius *loc. cit. n.* 5. contrariam opinionem cum allegatis Baldo, Alciato et

aliis, tenuisse Menochium *lib.* 11. *cons.* 1051. *n.* 20. quod nempe, quotiescumque consensus successoris in alienatione expetitur, mentio fideicommissi necessaria sit, ita, ut ignorans sibi non praejudicet; verum addit: prima opinio, (quae scientem et ignorantem sibi aequiparabat), magis placet. Nobis, quod pace Fusarii dixerimus, secunda opinio magis arridet. Notissimi scilicet juris est, renunciationem non valere quoad ea, de quibus renuncians tempore renunciationis non cogitavit, *l. fin.* §. *item quaesivit n.* 1. *ff. de condict. indeb. l. qui cum tutoribus. ff. de transact.* Gail. 2. *obs.* 77. *n.* 8. et neminem praesumi renunciare juri, quod sibi competere ignorat, *l. mater.* 19. §. *ceterum. ff. de inoff. testam.* Fulgos. *ad l.* 2. *n.* 3. *c. de rescind. vendit.* Dec. *cons.* 352. *n.* 7. Felin. *in c. si diligenti. n.* 14. *in f. de for. compet.* Gail. *d. obs.* 77. *n.* 8. *et* 9. Nullum itaque fundamentum adduci potest, ex quo probetur, consentientem alienationi amisisse jus suum, quamvis rem alienatam fideicommisso subjectam esse ignoraverit, quoniam enim erravit, hinc revera non consensit, quia errantis nullus est consensus, *l.* 9. *c. de jur. et fact. ignor. l.* 15. *ff. de jurisd.* et qui falsam qualitatem rei per errorem attribuit, sibi non nocet, Dion. Gothofred. *ad l.* 5. *c. d. tit.* Accedit, quod in dolo videatur esse, qui alterum ad consentiendum inducit, et tamen veras rei alienandae qualitates ipsi non revelat, dolus autem nemini proficuus esse debet, *l.* 1. *pr. ff. de dol. mal.*

§. 36. Quemadmodum vero, ut ad priora redeamus, agnati et successores in fideicommissis familiae per expressum consensum sibi et juri suo praejudicant; ita quoque nullum dubium est, quin consensus tacitus eos similiter a futura successione excludere queat, cum taciti et expressi eadem sit vis, idemque effectus, v. Mev. *p.* 2. *decis.* 193. *n.* 12. Observandum tamen hic est, quod sola praesentia agnatorum tempore celebrati contractus alienationis, eorumque taciturnitas, ejusmodi consensum tacitum non statim producat, prout alias dicitur, quod qui tacet, utique non neget sed tamen e contrario ille etiam non fateatur, *c.* 44. *de r. j. in* 6. praecipue, quotiescumque actus in praejudicium tacentis vergit, v. Petra *de fideicomm. qu.* 14. *n.* 9 *seqq.* et alii maximo numero citati a Fusario *de substitut. fideicomm. qu.* 560. *n.* 21. Forsan enim fortuito intervenerunt contractui agnati, aut forsan voluerunt evitare invidiam et odium contradictionis, unde tacuerunt salvo jure suo, v. dn. Praeses *de cautel. testam. c.* 21. *membr.* 2. §. 12. Imo nec sola subscriptio instrumenti alienationis sufficit, sed res perinde se hic habet, uti in feudalibus, ubi agnati contractum super feudi alienatione celebratum et in scripturam redactum subscribentes propterea ipsam feudi alienationem approbasse nondum censentur, sed solum ut testes subscripsisse praesumuntur, Struv. *s. i. f. cap.* 13. *aphor.* 19. *n.* 1. Köppen. *dec.* 4. *n.* 73. Hartm. Pistor. *p.* 2. *qu.* 7. *n.* 11. *seqq.* late de his omnibus agit Anton. *jur. feudal. disp.* 10. *th.* 6. *lit. b.* praesertim, si eorum in instrumento non sit facta mentio, Carpz. *p.* 2. *c.* 20. *def.* 9. Dn. Praeses *in caut. contract. sect.* 1. *c.* 6. §. 13. Necessum itaque est, ut ultra praesentiam et subscriptionem aliquid dictum, vel factum fuerit ab illis, de quorum praejudicio agitur, unde consensus colligi et argui possit, Peregrin. *de fideicomm. art.* 32. *n.* 43. Fusar. *d. qu.* 560. *n.* 23. Alciat. *cons.* 132. *n.* 11. quo refert casum ex *l.* 11. *c. de evict.* Dn. Praeses *de caut. test. c.* 21. *membr.* 2. §. 13. quando agnati praesentes pro evictione rei fideicommissariae venditae cautionem interposuerunt, quia qui se pro evictione obligat, venditioni utique consensisse dicendus est, uti habetur in *cit. l.* vid. Knipschild. *de fideicomm. famil. c.* 11. *n.* 384. cui tamen quoad ea, quae in praecedentibus de nuda praesentia consensum tacitum inferente asserit, per ante deducta non adstipulamur.

§. 37. Ita ergo, si consensus expressus, vel tacitus revera adest, consentientes sibi praejudicare posse diximus. Cavendum vero est, ne vocabulum *praejudicii* hic nimis late extendamus; dupliciter enim illud intelligi potest. Scilicet primo quaeritur: *an consentiens agnatus rem alienatam a novo possessore repetere queat?* secundo autem: *annon nihilominus actio consentienti detur adversus venditorem rei fideicommissariae ad consequendum pretium rei alienatae?* Quantum ad *primam* quaestionem attinet, res expedita est, ex unanimi omnium confessione, quod nempe agnatus, qui in alienationem revera consentit, rem fideicommissariam alienatam a novo possessore repetere non possit, quia hujus intuitu juri suo renunciavit, ad quod regressus nunquam competit. Hic ergo praejudicium ex consensu adest. Intuitu *secundae* quaestionis autem non eadem est dd. sententia, scilicet a denegata actione contra novum possessorem ad denegationem repetitionis pretii, vel aestimationis rei alienatae non valere consequentiam. Thesin hanc ponunt, ut licet consentiens non possit vindicare rem, quod tamen ex consensu non erit sibi praejudicatum in pretio, quia illud consequi poterit a gravato alienante, nec per consensum opponi potest, quod pretio sit renunciatum, Menoch. *l.* 1. *cons.* 88. *n.* 20. *et lib.* 11. *cons.* 1051. *n.* 19. Cort. jun. *cons.* 244. *n.* 7. Surd. *l.* 1. *cons.* 70. et multi alii apud Fusar. *de fideic. substit. qu.* 560. *n.* 31. Probatur haec opinio ex *l. mater.* 8. *c. de rei vind.* ubi dicitur, quod is, qui in venditionem rei suae consensit, vel alio modo ejus proprietatem amisit, adversus emptorem quidem nullam habeat actionem, adversus venditorem vero de pretio negotiorum gestorum actionem exercere non prohibeatur. Concordat *l. si fundum.* 92. *ff. de legat.* 1. in qua asserit Julianus, placere, si fundum per fideicommissum relictum unus ex haeredibus, excusso pretio secundum redditum ejus fundi, mercatus sit propter aes alienum haereditarium, praesente et adsignante eo, cui fideicommissum debeatur, quod tunc non quidem ipse fundus, sed tamen ejusdem pretium restituendum sit. Eo ipso itaque, dum proximus agnatus in gratiam venditoris in alienationem rei fideicommissariae consentit, hujus venditoris negotium gerere censetur, et propterea in *d. l.* 3. *c. de rei vind.* actio negotiorum gestorum ipsi conceditur, v. Fusar. *d. qu.* 560. *n.* 33. Petr. Barbos. *in l. quae dotis.* 34. *n.* 144. *ff. solut. matrimon.* Berous *lib.* 1. *cons.* 64. *n.* 21. Brunnem. *ad l.* 3. *c. de rei vind. et ad l.* 11. *c. de fideicom.* Ita tamen, ut saltem pretium solutum consequatur, non autem aestimationem, quanti res de praesenti valet, Socin. sen. *l.* 3. *cons.* 16. *col. ult.* Intrigliol. *de substit. cent.* 3. *qu.* 73. *n.* 142. Fusar. *d. quaest.* 560. *n.* 45. De limitationibus adlatae assertionis quoad repetitionem pretii vid. Fusar. *cit. loc. n.* 37. *seqq.* Brunn. *ad l. si fun-*

dum. 92. *ff. de legat.* 1. *n.* 2. ibique Mandellus *cons.* 105. *n.* 3.

§. 38. Quae hactenus deducta sunt, procedunt sine dubio in illis agnatis, qui consensum suum tempore susceptae alienationis revera interposuerunt, ita ut hisce jus rem alienatam revocandi non competat. Succedit vero nunc palmaria quaestio, utrum eo ipso etiam non sentientium liberis praejudicium fiat, adeo, ut hi similiter a jure revocandi excludantur? Negativam tueri videtur Fusarius *de fideicomm. substit. qu.* 560. *n.* 10. ubi ampliat assertionem suam de prohibita revocatione bonorum familiae alienatorum ob praestitum consensum agnatorum, ut etiam procedat in haerede consentientis, qui non poterit contravenire. Firmat hanc suam ampliationem ex *l. cum a matre* 14. *c. de rei vindic.* ubi proponitur casus, quod quis a matre domum filii sciens comparaverit, quam domum deinde filius post mortem matris ab emptore iterum vindicare volebat, quaerebatur: an rei vindicatio locum inveniat? Respondent impp. Diocletianus et Maximianus distinguendo, an scilicet filius ille matri suae successerit, an non. Posteriori casu, si non successit, emptorem adversus filium dominium vindicantem nulla exceptione se tueri posse dicunt: priori autem casu si filius matris venditricis obtinet haereditatem, doli mali exceptionem competere asserunt emptori pro ea portione, pro qua haereditas ad filium pertinet. Praecipue vero haeredem a revocatione bonorum familiae tunc excludi opinatur Fusarius *d. l. n.* 13. quando non adest simplex consensus approbatorius, sive confirmatorius contractus ab alio gesti de re fideicommisso subjecta, sed quando defunctus praestitit consensum obligatorium promittendo, non contravenire velle pro se et suis filiis et haeredibus in quem finem citat Ruin. *l.* 1. *cons.* 7. *n.* 38. Bald. *in l.* 1. *c. de pact. et in l. qui te patris n.* 11. *et* 12. *c. unde lib.* aliosque, Conf. Peregrin. *l.* 1. *cons.* 101. *n.* 2. *et* 3. *et in tract. de fideicomm. art.* 52. *n.* 97. ubi hoc etiam extendunt, licet consensus obligatorius simpliciter fuisset praestitus, nulla haeredum facta mentione, add. Bartol. *in l. si sic. ff. de v. o.* Socin. jun. *l.* 4. *cons.* 52. *col.* 2. Hieron. Gabriel. *l.* 1. *cons.* 125. *n.* 2. *et* 13. ex ratione, quia promittens non contravenire, censetur etiam pro haeredibus promittere, Fusar. *d. l. n.* 14. Huic opinioni etiam adstipulantur Menoch. *l.* 1. *cons.* 58. *inf.* Cephal. *cons.* 593. *n.* 168. Decian. *cons.* 55. *n.* 87. Fachin. 5. *controv. cap.* 19. aliique, qui tamen omnes hoc fundamento tamquam principali et unico fere utuntur, quod haeres ad factum defuncti praestandum sit obligatus.

§. 39 Nos quidem rem generaliter considerando regulam istam de haeredis obligatione ad praestandum factum defuncti non impugnamus, prout eamdem quoque dn. Praeses *in caut. testam. cap.* 21. *membr.* 2. §. 14. in ejusmodi generali consideratione approbavit; interim tamen operae pretium sine dubio quoque erit, ut paulo distinctius ostendatur, regulam istam certis inclusam esse cancellis, variisque subjectam limitationibus atque restrictionibus, quas singulas tradere dn. Praeses *loc. cit.* propterea noluit, quia praesentem quaestionem obiter saltem et quoad generaliora tetigit, unde mihi objici nullo fundamento potest, ac si ego ab ipsius doctrina dissentire voluerim. Primo quidem filius haeres factum patris defuncti non tenetur approbare in totum, sed eatenus saltem, quatenus ex haereditate aliquid ad eum pervenit, id est, pro portione haereditaria, prout clare habetur *in l. cum a matre.* 14. *c. de rei vindic.* unde filius, qui pro parte dimidia saltem haeres est, pro parte etiam dimidia factum defuncti, cui ita successit, impugnare poterit, Brunnem. *in comm. cod. ad d. l. n.* 14. Petra *de fideicomm. qu.* 14. *n.* 320. *vers. quintus casus est.* Rationem adducunt, quia haeres ejusmodi casu repraesentat personam defuncti solum pro ea parte, pro qua est haeres, quod vero ad alias partes, dicitur extraneus, Bartol. *in l.* 2. *in f. ff. de praetor. stip.* Tiraquell. *de retract. consangu.* §. 32. *gloss.* 1. *n.* 50. Fusarius *de fideicomm. substit. qu.* 557. *n.* 21. Procedunt haec eo magis illo casu, quando quis haeres est cum beneficio legis et inventarii, quia tunc solum tenetur stare alienationi pro ea tantum quantitate, quae ad ejus manus pervenit, Baldus *in d. l. cum a matre* 14. *c. de rei vind.* Natta *cons.* 214. *n.* 3. Cravetta *cons.* 225. *n.* 12. Boer. *quaest.* 23. *n.* 19. Peregrin. *de fideicomm. art.* 33. *n.* 13. Paris. *l.* 3. *cons.* 33. *n.* 98. *seqq.* Cavalcan. *part.* 1. *decis.* 36. *n.* 29. Fusarius *d. q.* 557. *n.* 12. quicumque vero actor est, tenetur liquidare valorem bonorum, Natta *cons.* 238. *col. ult. vers. praeterea dato.* Joseph. Ludolph. *decis. Luc.* 64. *n.* 28. *seqq.* Fusarius *l. cit. n.* 18.

§. 40. Illam quoque certam esse declarationem adductae antea regulae, de haerede ad factum defuncti praestandum obligato, asserit Brunnem. *in comm. cod. ad d. l.* 14. *c. de rei vind.* quando filius haeres non directo venit contra factum defuncti, ut in jure retractus, quoniam tunc se solum surrogari petit, nec haeres hoc casu de evictione tenetur, quia res non avocatur ex vitio rei, vel defectu juris venditoris, (id est, haeres se non fundat in hisce causis) sed ex statuto generaliter loquente, Gutierretz. *l.* 2. *pract. quaest. cap.* 149. Mevius *ad jus lubec. lib.* 3. *tit.* 7. *art.* 2. *n.* 3. Tiraquell. *de retract. consangu.* §. 1. *gloss.* 9. *n.* 51. *et* 68. quocum conspirat doctrina dn. Praesidis *in disp. de facto defuncti ab haerede non praestando cap.* 2. *n.* 113. *seqq.* ubi inter alia haec habet: dicat quis, sed haeres tenetur de evictione et per consequens nec hic (in materia retractus) liberi bona avita alienata jure retractus vindicare possunt, sed priori potius emptori tamquam haeredes de evictione tenentur. Respon. deo, nec hoc casu haeredem de evictione teneri, res enim avocatur ex statuto, jus protimiseos liberis concedente. Applicari hic quodammodo potest, quod alias in materia de querela inofficiosi testamenti habetur, liberos scilicet voluntatem patris non impugnare, sed de jure tantum disputare, *l.* 24. *ff. de his quae ut indign.* Dn. Praeses *in not. ad Lauterb. tit. de inoff. testam. voc. solemnia.* Ita vero jam inferre omnino licebit, quod si in meris bonis allodialibus alienatis liberi ad praestandum factum patris eo modo, ut diximus, non simpliciter obstringuntur, illi quoque eo minus obligentur in bonis fideicommissariis, quae ad conservandum splendorem familiarum, praecipue illustrium, a majoribus destinata fuerunt. Nasciturі sane, si nullo modo ad bona alienata iterum pervenire possent, deterioris essent conditionis, quam illi, qui jamdum nati sunt, quod tamen aperte pugnat cum dispositione, *l.* 7. *ff. de stat. hom.* ergo, quia jamdum nati bona fideicommisso subjecta revocare possunt, si absque eorum consensu alienata fuerunt, hinc sine dubio idem

nascituris denegari haud poterit, ne propterea deterioris sint conditionis, quia serius nati. Accedit, quod filius ejusmodi bona fideicommissaria neutiquam ex beneficio defuncti patris, sed ex dispositione atque voluntate primi instituentis habeat, unde personam defuncti non repraesentat, sed jure proprio gaudet, conf. elegans textus ad hanc materiam faciens in *l. peto* 69. §. 3. *ff. de legat.* 2. Jason. *in l. quoties* 11. *c. de fideicomm.* Dec. *cons.* 498. *n.* 20. Paris. *lib.* 1. *cons.* 23. *n.* 203. Alexandr. *cons.* 94. *n.* 7. Natta *cons.* 470. *n.* 12. Pinell. *in l.* 1. *part.* 3. *n.* 82. *vers. infertur undecimo. c. de bon. matern.* aliique apud Knipschilt. *de fideicomm. famil. c.* 11. *n.* 394. *seqq.*

§. 41. Porro haeredibus jus revocandi bona familiae a defuncto alienata competit, quotiescumque alienatio ejusmodi bonorum expresse fuit prohibita. Est haec iterum doctrina dn. Praesidis *in caut. testam. cap.* 21. *membr.* 1. §. 33. ubi dicit, quod per expressam alienationis prohibitionem magis consulatur alienantis haeredibus, qui hoc casu non obstante, quod haeredes sint, eo magis contra factum defuncti venire possint, ubi in hanc rem quoque citat Card. de Luca *tr. de fideicomm. disc.* 54. *n.* 8. Idem sentit dn. Praeses *in disp. de fact. defunct. ab haered. non praest. cap.* 3. *n.* 71. ubi asserit, quod etiam haeres a testatore fideicommisso subjecta alienata libere revocare queat, si adsit expressa prohibitio alienationis, ubi allegat Rotam. *decis.* 10. *part.* 2. et Franc. Nigr. Cyriacum *controv. forens.* 312. *n.* 113. Pertinent huc ea, quae habet Brunn. *in comm. cod. ad l.* 14. *de rei vind.* si factum defuncti, inquit, sit contra leges et sic factum improbatum, et alienatio prohibita, quia tunc ipse, qui fecit alienationem, eamdem impugnare potest, ergo etiam haeredi hoc licitum erit, Barbos. *ad d. l.* 14. *n.* 14. Rosenthal. *de feud. c.* 9. *membr.* 2. *concl.* 69. *n.* 11. *seqq.* Hartm. Pistor. *p.* 1. *qu.* 5. *n.* 43. est vero prohibitio a lege facta, et prohibitio testatoris ejusdem est efficaciae; utraque enim in bonis familiae translationem dominii impedit, prout deduximus supra §. 28. Ergo haeres non tenetur approbare factum defuncti in iis, de quibus libere disponere non potuit, Cravett. *cons.* 200. *n.* 7. vel quae defunctus tenebatur omnino relinquere ipsi haeredi, Cravett. *d. cons.* 200. *n.* 5. *seq.* Castr. *l.* 2. *cons.* 448. *in fin.* Menn. *l.* 1. *cons.* 104. *n.* 54. Knipschilt. *de fideic. famil. c.* 2. *n.* 408. *seqq.* et quando haeres talia bona alienata iterum revocat, tunc non hoc facit ut haeres defuncti, sed tamquam proximior de genere et de familia, Nicol. Everhard. *in top. legal. loc. de tamquam seu respectivis* 116. *n.* 29.

§. 42. Praeter hactenus adducta jam porro specialiter observandum est, quod maxima differentia sit inter bona privata, et bona familiarum illustrium, de quibus, ut aliquoties monitum, in praesenti nobis principaliter sermo est. Lubet rem explicare ipsissimis dn. Praes. verbis *in disp. de fact. defunct. ab haered. non praest. cap.* 2. *n.* 24. *seqq.* Quam prolixe, inquit, haec in diversas utrinque partes ventilentur, commodissime tamen, salva meliori cujusvis opinione pro decisione solemnis hujus quaestionis ad salutem ac incrementum reip. in quem succeditur, respiciendum putarem. Quid enim obstaret, quo minus princeps, sive electitio, sive haereditario jure succedat, facta antecessorum revocare ac impugnare possit, si tendant in praejudicium reipublicae. Salus sane populi suprema lex esto, *l. quod semel.* 5. *ff. de decret. ab ord. fac.* Barbosa *lib.* 17. *c.* 4. *axiom. un.* et haec non superior debet esse illa obligatio juris privata, quod princeps teneatur praestare factum defuncti, non attento, an noceat hoc reip. an non. Imo, cum princeps legibus, utut non omnibus, civilibus tamen sit solutus, *l.* 31. *ff. de ll.* absolute quoque non potest cogi, ut servet contractum principis antecessoris, praesupposita hypothesi, illum scilicet reip. non satis esse proficuum. Quid vero magis nocivum potest esse reipublicae, quam si bona familiae diminuantur et sic splendor, atque potentia illustrissimae familiae alicujus detrimentum patiatur. Obligatio enim illa, qua princeps ut haeres tenetur, mere privata est, illa vero, qua ad promovendam salutem publicam constringitur, publica est, et sic priori praevalebit, de quo prolixius Brunnem. *consil.* 1. Videtur equidem juris gentium principium, servare pacta, conventiones, promissiones, aliosve actus antecessoris sui; non minus tamen et hoc ex jure gentium fluit, salutem reip. semper esse promovendam, et hinc cum duo hic concurrant diversa juris praecepta, utrumque autem non possit observari, ultimo tamquam fortiori, non attento priori, omnino standum putarem, v. dn. Praes. *in not. ad instit. tit. de j. n. g. et c.* Unde generaliter asserunt dd. quod actus in praejudicium juris publici gestus, quantocumque etiam tempore roboratus, et quibuscumque actibus confirmatus fuerit, nullius tamen sit roboris, sed quocumque tempore revocari possit, Klock *tom.* 1. *cons.* 2. *n.* 52. *et* 58. et quod si antecessor non ex praescripto legum fundamentalium egerit, successor ad ejus facta praestanda non sit obligatus. Ex quo capite recte improbantur alienationes ditionum, maxime si pecunia inde redacta in utilitatem civitatis non sit versa, v. Ziegler *de jurib. majestat. l.* 1. *c.* 4. §. 28. ibi: *dieweil aber dennoch alle der durchlauchtigsten N N. Provincien, dem Uns zugeschickten Consilio nach, bona feudalia, majoratus und fideicommissa seynd, und in dergleichen keine alienation, darunter auch ein Tausch billig verstanden wird, zugelassen ist, so mag auch, daferne von dem antecessore ein Stück Landes vertauschet worden, der successor daran nicht gebunden seyn, sondern Er ist solches zu revociren wohl befugt.* Idem in subsequentibus de oppignorationibus, donationibus, et similibus modis alienationum vel ad alienationem tendentibus, nec non in antecedentibus de venditionibus talium bonorum asseritur apud Ziegl. *loc. cit.* Conf. dn. Georg. Melch. Ludolph. *in tract. nomic. polit. de introduct. jur. primog. aphor.* 6. *n.* 36. 37. ubi quaestionem ita format? *sed annon alienatione fideicommissi a patre facti filium, qui haeres patris est, teneri dicemus?* ad eamque respondet: cum per *l. fin.* §. 2. *c. commun. de legat. et fideicomm.* actus alienationis penitus declaretur nullus, non teneri existimo, etiamsi haeres sit, quae in sequentibus latius deducit.

§. 43. Eadem principia observanda sunt in bonis illis, in quibus jus primogeniturae semel introductum fuit, et omnes de familia, sive jam existant, sive non, jus quaesitum inde obtinuerunt. Nativitas enim idem jus tribuit illis, qui tempore conventionis vel dispositionis factae nondum extiterunt, quod actu jam

competebat aliis dicto tempore jam existentibus. Enimvero, inquit Itterus *de feud. imp. cap.* 12. §. 25. si principalis successionis indolem paulo altius mecum expendo, non possum non, posthabita omni distinctione, (scilicet inter liberos natos et nascituros, qua rem expedire voluit Besoldus *lib.* 1. *de success. dist.* 10. *n.* 4.) affirmantibus hac in parte subscribere. Cum enim imperii principes atque vassalli jus, quod habent succedendi, non tam beneficio patris, quam ipsius legis, aut consuetudinis provisione nanciscantur, ultro sequitur, hoc jus a parente, nisi paternae voluntatis reverentia sponte sua filius eidem acquiescat, liberis pro lubitu adimi non posse; ad haec feudali investitura, qua Germaniae plerumque principum primogenitura fulcitur, non ipsi tantum vassallo, sed et ejus liberis, sive natis, sive nascituris, jus ita quaesitum esse, ut ipsis deinde interverti nequeat, tralatitium est. Subscribunt huic sententiae ex merito Springsfeld. *de apanag cap.* 3. *n.* 227. 228. Mylerus ab Ehrenbach *de princip. et stat. imp. p.* 1. *cap.* 21. §. 13. qui hac ratione utitur, quoniam nemo potest disponere de jure tertii sine illius consensu; et vero filius jus radicatum habet ex primogenii institutione, ac principatus auctore seu primo acquirente, Tiraquell. *de primog. quaest.* 26. *n.* 4. *et quaest.* 30. *n.* 9. Kirchov. *tom.* 2. *cons.* 1. *n.* 8. Cothmann. *lib.* 3. *cons.* 14. aliique apud Mylerum *loc. cit.* Consentit itidem dn. Ludolph. *de introd. jur. primogen. aphor.* 16. *n.* 33. 34. *et* 35.

§. 44. Progredimur porro, et principia nostra ad *bona majoratus* quoque applicamus. Optime de hisce bonis disserit Melchior Pelaez a Meres *in tract. majorat. et meliorat. hispan. part.* 4. *quaest.* 1. *n.* 131. 132. cujus verbis rem exponere non incongruum erit. Nihil, inquit, obe t illis, quibus competit successio in majoratibus, cautela et praeventio, qua hodie utuntur possessores bonorum majoratus, qui, cum petunt licentias ad alienandum bona majoratus, citant omnes, qui nati sunt et possunt praetendere successionem in bonis majoratus tempore, quo facultas a rege impetratur, ut rectius alienationis facultas concedatur; quia *pergit*, ista praeventio et cautela nullum praejudicium afferre potest illis, qui post factam alienationem editi sunt, qui, si alienatio justa non fuerit, (uti revera non est per superius deducta) possunt eam revocare: nam quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari, juxta regulam juris et *l. per fundum. ff. de servit. rust.* et alteri per alterum non debet iniqua conditio afferri, *l. non debet. ff. de r. j.* Carol. Ruin. *l.* 3. *cons.* 77. *n.* 9. Socin. *in l. si cognatis n.* 30. *ff. de reb. dub.* Omnia igitur, ita concludit Pelaez a Meres *d. quaest.* 1. *n.* 165. quae jam dicta sunt, docent, non esse licitum, concedere licentias ad alienandum bona majoratus. Quadrant ad hanc materiam ea, quae habet Knipschild. *de fideicomm. famil. cap.* 3. *n.* 412. quod hoc casu haeres defuncti facto contravenire non videatur; quoniam defunctus alienans de jure tantum suo, non vero alieno consensisse, et jus tantum, quod in ista re habuit, concessisse, ultra hoc sibi vel haeredi suo praejudicare voluisse intelligitur, *c. pastoralis x. de donat.* Accedit, quod omnis renunciatio sit stricti juris, Finckelt. *obs.* 81. *n.* 27. *et* 28. atque adeo illa quamprimum aliquid operata est, nihil amplius operari debeat, Carpz. *p.* 2. *c.* 46. *defunct.* 12. *n.* 6. *seq.*

§. 45. Sed posito tandem, neutiquam vero concesso quod intuitu bonorum familiae alienatorum in filio haerede aliqua obligatio ad praestandum factum defuncti deprehenderetur, qualis quaeso exinde consequentia deduci posset? Certe hoc non sequeretur, quod ejusmodi haeredes nullo modo ad bona alienata iterum venire possint, nam hoc esset contra primam constituentium intention m, imo cum natura bonorum familiae pugnaret; sed hoc saltem exinde profluueret, quod filii talia bona revocantes simul ad restitutionem pretii a possessore bonorum tempore alienationis soluti obligarentur. Eadem tunc ratio hinc subesset, qualis in feudis subest, quando filii patris alienantis jure protimiseos uti et feudum alienatum revocare volunt. Scilicet hoc jure protimiseos vel retractus filius uti potest, etiamsi patris haeres sit, quia non impugnat alienationem patris, sed tantum in extranei emptoris locum, oblato eodem pretio, se surrogari petit, dn. Praeses *exam. jur. feud. cap.* 20. *qu.* 10. Wesenbec. *de feud. c.* 10. *n.* 18. Berlich. *p.* 2. *concl.* 60. *n.* 27. *seqq.* ubi hanc assertionem ex *c.* 1. §. *porro. vers. pro aequali pretio et vers. seq. tit. qualit. olim feud. pot. alien.* deducit, Jason. *vol.* 3. *cons.* 56. *n.* 7. *seqq.* Schrad *de feud. part.* 8. *cap.* 7. *n.* 9. Tiraquell. *de retract. lignag.* §. 1. *gl.* 9. *n.* 47. Koeppen. *decis.* 54. *n.* 51. Arius Pinell. *ad l.* 1. *c. de bon. matern. part.* 3. *n.* 74. *sub fin. vers. et ita alias.* Curt. jun. *tract. de feud. part.* 4. *n* 151. *sub fin. vers. quia filius admittitur.* Locum hic quoque habet successorium edictum in ipsis feudis privatis, ut si filius vel nolit, vel quia pecuniam non habet, non possit, agnatus, et si proximior agnatus non utatur hoc jure, sequens gradu admittatur, Rosenthal. *de feud. c.* 9. *concl.* 82. Carpzov. *p.* 2. *c.* 49. *def.* 7. Struv. *s. i. f. cap.* 13. *aphor.* 22. *n.* 2. *et* 3.

§. 46. Nullum dubium jam amplius subesse putamus, quare omnibus de familia, ipsisque etiam liberis, qui haeredes parentum alienantium existunt, revocatio bonorum familiae alienatorum concedi non debeat, ita, ut splendor familiarum illustrium per infelices alienationes quodammodo imminutus jure quasi postliminii redintegretur et in pristinum statum reducatur. Unicum adhuc restare videtur, annon illo casu, quando alienatio bonorum familiae ante multos annos facta, filiis vel agnatis revocantibus exceptio praescriptionis opponi queat? Equidem bona fideicommisso subjecta longissimi temporis, triginta, vel quadraginta annorum spatio praescribi adversus illum, qui agere potest, non pauci dd. asserunt, v. Anton. Gabriel *commun. concl. l.* 3. *tit. de praescript. concl.* 13. *n.* 9. Peregrin. *de fideicomm. art.* 41. *n.* 10. Fusar. *de substit. fideicomm. quaest.* 528. *n.* 9. *et* 10. Verum enim vero haec assertio multis restrictionibus et limitationibus est subjecta. Scilicet ante omnia iterum supponimus, quod in fideicommissis successor non habeat jus a proximo defuncto, cui modo succedit, sed a primo institutore, a quo omnes successores ita vocati censentur, ut quilibet rerum dominium habeat ad mortem usque, eoque mortuo alius ex prima institutione succedat, non in jus ultimi possessoris, vel in ejus dominium, quod ipsius morte extinctum fuit, sed in dominium proprium et jus peculiare, quod successor ex voluntate primi institutoris habet, Knipschild. *de fideicomm. famil. cap.* 16. *n.* 94. et quod adeo tot intelligentur esse fideicommissa, quot ex eo sunt suc-

cessiones. Hinc sua sponte jam profluit, quod praescriptio contra praesentem fideicommissarium perfecta ipsi quidem fideicommissario praejudicet, non vero ejusdem successori, qui ex prima institutione vocatus, Knipschild. *loc. cit. n.* 97. Paris. *l.* 1. *cons.* 23. *n.* 199. Dec. *cons.* 445. *n.* 47. Natta *cons.* 437. *n.* 4. *seq.* actio enim et jus successorum tunc demum oritur, quando successio ipsis post antecessoris mortem defertur; ergo actio antea nondum nata, non potest praescribi, et agere non valenti non currit praescriptio, unde merito hic applicamus verba *l.* 1. §. *in fin. c. de annul. except. quis incusare eos potuerit, si hoc non fecerint, quod, et si maluerint minime adimplere lege obviante valebant*, nec non verba *l.* 3. *in fin. c. eod.* quod nempe *contra desides homines et sui juris contemptores* odiosae exceptiones oppositae sint, hic vero nulla est desidia, nullus juris contemptus, ergo etiam nulla odiosa exceptio locum invenire potest. Sic etiam in feudalibus descensivis, vel agnatitiis, non natis vel agere non valentibus nulla currit praescriptio, ideoque si primus non revocat alienationem de feudo factam, potest revocare secundus, et si secundus negligit, poterit tertius et deinceps, et est ulterior ratio, quia sicut primus non potest alienando praejudicare secundo, sic nec etiam praescribi patiendo, quia praescriptio est alienationis species, *l. alienat.* 28. *ff. de verb. sign.* Arius Pinell. *in repet. auth. nisi triennale n.* 49. *c. de bon. matern.* Peregrin. *de fideic. art.* 41. *n.* 17. Quamvis vero idem Peregrinus *loc. cit.* referat, quod Molina et Decianus statuerint, in majoratibus et feudalibus praescriptionem maxime centenariam nocere non natis, et agere non valentibus; attamen subjungit, illud consilium in rota romana fuisse rejectum et judicia in illa rota in contrarium partem emanasse. Ita quoque Rosenthal. *d. feud. c.* 9. *concl.* 84. *n.* 4. testatur, camerам imperialem a. 1596. judicasse, revocationi bonorum locum esse; ubi 70. plus minus anni elapsi erant, antequam vindicanti, vel condicenti agnato locus succedendi fuerat apertus, impediente eo, qui consenserat, add. Cravett. *de antiquit. temp. p.* 4. §. *materia ista singularis n.* 98. Natta. *cons.* 437. *n.* 5. *seq.* Knipsch. *d. cap.* 16. *n.* 97.

§. 47. Concludimus nunc dissertationem hanc verbis Nic. Betsii *de pact. fam. illustr. c.* 8. §. 43. quod etiam summis principibus et superiorem non recognoscentibus, eorumq; summis senatibus justum et aequum visum fuerit, legitimos haeredes jure sibi quaesito et competenti in principatuum successione a majoribus, vel parentibus, etiam regibus aut principibus supremis privari non posse, et pari in parem nullam esse potestatem, ideoque in hujusmodi successionibus praedecessorem successori suo ulla dispositione praejudicare non posse. Et quia salus publica ubique semper suprema lex manet, hinc nemo de injuria conqueri poterit, si in casibus factae alienationis bonorum familiae quilibet successor jure suo utatur, atque splendorem illustris familiae mediis legitimis tueri quovis modo allaboret. Qui enim suo jure utitur, is nemini facit injuriam.

DISPUTATIO VIGESIMA NONA

DE JURIBUS SINGULARIBUS CONNUBIORUM IN GERMANIA,

D. SEPT. ANNO MDCCIX.

PRO LICENTIA

JOHANN FRIDERICUS ENGELHART, NORDLINGENS. SUEVUS.

CAPUT I.

De juribus singularibus sponsaliorum in Germania.

SUMMARIA

Multa in Germania vigent jura singularia. §. 1.
Sponsalia de praesenti et de futuro alia sunt de jure can. alia de jure germanico. Sententia B. Lutheri. Conclusio, quod sponsalia de praesenti sint ipsum matrimonium, falsa est. §. 2.
In German. contra jus commune ad essentiam sponsaliorum testes requiruntur. §. 3.
De consensu in sponsalibus. §. 4.
An, et quatenus parentum consensus de jure communi in Germania ad sponsalia requiratur. §. 5.
De supplendo consensu parentum. §. 6.
De curatoris consensu. §. 7.
An ad sponsalia consensus divinus requiratur? §. 8.
Arrha sponsalibus accedit non necessario. Annulo solo sponsalia non contrahuntur. §. 9.
De dissolutione sponsaliorum. §. 10.
De concursu sponsaliorum. §. 11.
Poena binorum sponsaliorum. §. 12.

§. 1. Multa apud Germanos vigent jura singularia, quae tam jus romanum, quam canonicum et longobardicum vel ignorant, quia reliquiae consuetudinum juriumque antiquorum germanorum sunt; vel quae eis

contrariantur et suadente simplicitate naturali sive germanica, aut ex male intellecto jure, auctoritate dd. curiam penetrarunt. Ast cum in omnibus fere juris partibus talia copiose sese offerant, atque adeo amplissimam tractationem requirant, hac vice unicam saltem juris, et quidem connubiorum materiam nobis elegimus, cujus jura singularia loco speciminis inauguralis jam indagabimus.

§. 2. Statim igitur, ut leges methodi requirunt, a sponsalibus ordiemur, ubi circa primam divisionem in sponsalia *de praesenti et de futuro* notabile se prodit. Agnoscunt quidem consistoria nostrae Germaniae divisionem hanc, sed alio plane in sensu, quam jus canonicum, canonistae illa dicunt de praesenti, quae per verba praesentis temporis accedente consensu matrimoniali contracta; de futuro autem, quae per verba futuri temporis, concurrente consensu sponsalitio, celebrata sunt. *c.* 31. *x. de spons. duo*: nam non ad verba tantummodo, sed potius consensum fundamenti loco hic respiciendum est, quod vel ex eo adparet, quia quoque per praesentis temporis verba sponsalia de futuro secundum canonistas contrahi possunt. *c.* 2. 25 *et* 31. *x. de sponsal.* dn. Praeses *de dissens. spons. sect.* 1. *n.* 18. Verum consistoriis nostris sponsalia de praesenti dicuntur, ubi pure matrimonium vel nuptiae promittuntur; de futuro autem desponsationes impuberum, tractatus sponsaliorum, vel ubi consensus sub certa conditione suspensus est. dn. praes. *c. l.* Carpz. *jurispr. eccles. l.* 2. *t.* 10. *def.* 174. *n.* 1. *se q.* Linck. *in decretal. l.* 4. *t.* 1. §. 2. Agnoscit haec sententia auctorem B. Lutherum *in lib. von Ehesachen*, qui hic vestigia juris canonici potissimum secutus est. Cum enim animadvertisset, sponsalia de praesenti ea dici, quae per verba praesentis temporis; de futuro autem, quae per verba futuri temporis contracta sunt, ideoque credidit, essentialem differentiam inter duo haec sponsalia in verbis consistere; ex propter hanc sponsaliorum distinctionem secundum intentionem canonum admitti non posse apud Germanos existimavit, cum eorum idioma verba futuri et praesentis temporis non adeo distingueret; bene autem si pro sponsalibus de futuro habeantur, ubi consensus sub certa conditione suspensus; pro sponsalibus vero de praesenti ubi pura promissio adest. Posset haec opinio quidem, postquam a consistoriis recepta est, tolerari, modo etiam sublatis canonistarum definitionibus sponsaliorum, conclusionem inde deductam, quod sponsalia de praesenti sint ipsum matrimonium, rejicerent, quamdiu enim hanc tuentur, non possunt non inde inconvenientes oriri conclusiones, de quibus infra videbimus. Hisce positis, adparet, *sponsalia de praesenti* in sensu juris canonici plane in foris protestantium non dari, sed quae ita dicuntur, esse illa ipsa, quae a canonistis de futuro dicuntur.

§. 3. Quoad secundam sponsaliorum divisionem in *clandestina* sc. et *publica*, iterum nonnulla singularia consistoria nostra habent. Requirunt enim contra jus rom. et canonicum ad essentiam sponsaliorum testes, et sponsalia, quae remotis arbitris fiunt, inter clandestina referunt. Mev. *ad jus lubec. l.* 1. *t.* 4. *n.* 20. Lauterb. *colleg. theor pract. tom.* 2. *l.* 23. *t.* 1. §. 11. B. Brunnemann. *de jur. eccles. l.* 2. *c.* 16. §. 12. Linck. *in decretal. l.* 4. *t.* 1. §. 2. Idquod quoque multis ordinationibus ecclesiasticis diserte cautum, quibus hac in parte standum est. Ast his deficientibus dubito, an testes necessario adhiberi debeant. Fluxit contraria sententia passim recepta sine dubio ex male intellecto jure communi. Allegant enim fundamenti loco ex jure civili *l.* 12. *ff. de test.* et ex jure canonico *c. in literis x. de test.* ut et *tot. tit. x. de clandest. despons.* Ast nemo non videt, omnibus his textibus non probari, quod dd. intendunt. Nam. *l.* 12. plane non loquitur de sponsalibus, sed generaliter vult, quod ubi numerus testium expressus non est, duo sufficiant. Neque *c. in literis x. de test.* huc pertinet, quod tantummodo testes de familia ut suspectos rejicit. Neque *tot. tit. x. de clandest. despons.* Nam, uti contextus omnium textuum subjectorum ostendit, magis de *matrimonio clandestino*, quam sponsalibus ibi quaestio est. Sic in *c.* 1. clandestinum matrimonium alleganti injungitur onus probandi. In *c.* 2. id saltem intenditur, quod hi, qui sic occulte matrimonium contraxerunt, ut legitima probatio deficiat, ab ecclesia non compellendi sint, sed si illud publicaverint, ab ea recipiendi, quasi ab initio in conspectu ecclesiae matrimonium contraxissent. Et licet *c.* 3. jubeat, ut matrimonia contrahenda in ecclesiis per presbyteros publice proponantur, atque ita clandestina matrimonia prohibeat, non tamen ad nostra sponsalia, quae non inchoatum matrimonium, uti quidem Carpzov. existimat, sunt, extendi potest; nam causa, cur matrimonia clandestina prohibita sunt, frequentia adulteriorum fuit, quae non ita in sponsalibus accidebat. H. Zoes. *ad tit. decretal. de clandest. despons. n.* 5. Habet tamen adhibitio testium in contrahendis sponsalibus suam utilitatem. Multa enim hoc modo impediuntur, quae hones ati adversa esse possunt, uti optime adnotavit dn. Praeses. *c. tr. sect.* 4. *c.* 1. §. 30.

§. 4. Progredimur jam ad ipsa sponsaliorum requisita essentialia, quae primario in consensu ipsorum contrahentium sponsalia, et eorum parentum consistunt: Quod attinet consensum ipsorum contrahentium, nullum se prodit singulare, sed jura communia, quae principiis naturalibus hic innituntur, sequitur Germania. Respectu vero consensus parentum, praxis Germaniae aliquo modo a jure communi recedit.

§. 5. Jura enim communia patris tantum consensum ad sponsalia requirunt, utpote qui caput familiae est, et liberos in sua potestate habet, *pr. inst. de nupt. l.* 18. *et* 35. *ff. de r. n. c.* 12. *cau.* 32. *qu.* 2. et quidem durante saltem patris potestate. *l.* 25. *ff. de r. n.* Defuncto vero parente de filiabus speciatim cautum est, ut, si sponsalia contrahere intendunt, matris, propinquorum et tutoris judicium adhibeant. *l.* 1. *et* 20. *c. de nupt* Ast praxis Germaniae hodiernа ubique fere, non facta distinctione inter filios et filias, et patris et matris consensum propter reverentiam, quam liberi utrique debent, ad sponsalia requirit. Cothmann. *vol.* 1. *cons.* 1. *n.* 686. Pruckman. *p.* 1. *cons.* 5. *n.* 21. Carpzov. *jurispr. consist. l.* 2. *def.* 44. ut tamen patris sententia praevaleat. Nec cessat necessitas requirendi consensum, sublata parentum in liberos potestate, uti expresse etiam in electoratu Saxoniae constitutum est. vid. *Ehe. Ordnung tit. Von Ehegelöbnissen.* De jure Hamburg. in defectu parentum etiam tutorum et proximiorum consanguineorum consensus requiritur, alioquin talia sponsalia pro clandestinis habentur, juxta edictum de anno 1676. Non tamen hodie consensus parentum sponsalia absolute praecedere debet, ita, ut ejus omissio contractum

sponsalitium semper vitiet, quemadmodum olim de jure romano. *pr. et* §. 12. *inst. de nupt. l.* 11. *ff. de stat. hom. l.* 2. 18, 36. *ff. de r. n.* Sequuntur enim, quod obiter connexionis causa hic monemus, consistoria juxta dd. a dn. Praeside *de dissens. spons. sect.* 4. *c.* 1. §. 32. allegatos in casu, ubi ad sponsalia concubitus vel benedictio sacerdotalis accessit, praecepta pontificiorum, quae volunt, ut haec matrimonia subsistant, uti expresse a *conc. trid. sess.* 24. decisum est, quod illos anathemate damnat, qui adserunt, matrimonia a filiis sine consensu parentum contracta irrita esse, et parentes ea irrita vel rata facere posse, ne vel sacramentum, quod per concubitum celebratum est, *c.* 5. *x. de bigam. non ord.* annulletur; vel si jam benedictio sacerdotalis accesserit, impediatur. Prudentissime autem hanc sententiam rejecit seren. elect. Brandenb. per edict. *de ao.* 1694. facultatem dissentiendi parentibus adhuc concedens, quamvis copula carnalis intercesserit

§. 6. Si filii parentum consensum ad sponsalia legitime quaesiverunt, eum autem obtinere nequeunt, parentes secundum *l.* 19. *ff. de r. n.* ad consentiendum cogi possunt. Verum hodie supplet consensum in plurimis locis consistorium Carpz. *jurispr. consist. l.* 2. *def.* 53. quae duo tamen in effectu nihil vel parum differunt. Semper autem in supplendo consensu eo respiciendum, an non patri justae sint dissentiendi rationes, quorsum potissimum referri debet contemptus parentum, si clandestina sponsalia antea contraxerint.

§. 7. De jure communi curatoris consensus ad sponsalia non requiritur. *l.* 20. *ff. de r. n.* In statutis hamburgensibus autem, secundum quae *alle Frauen und jungfrauen unmündig gehalten werden*, uti dicitur, *p.* 1. *t.* 9. *art.* 1. singulariter, sed satis salutariter, cautum est, ut curatoris consensus a foeminis ad sponsalia adhibeatur. dn. Jo. Sam. Stryk. *diss. de jur. sing. foemin. hamburg. c.* 1. §. 15. Idem de Marchia testatur Schepliz. *ad consuetud. marchic. p.* 1. *t.* 2. de Lubeca Mev. *ad jus lubec. l.* 1. *t.* 4. *art.* 4. *n.* 4. *seqq.* In Westphalia semper ad propriorum hominum sponsalia primario domini consensus requiritur, et omnium, quicumque etiam sint, consensui praefertur. Uti ill. facult. Hallens. respondisse percepi.

§. 8. Schilterus ad essentiam sponsaliorum etiam consensum divinum requirit. Dicit enim in *instit. jur. can. l.* 2. *t.* 10. §. 10. *consensus divinus ad sponsalia christianorum utique requiritur tamquam conciliatoris primarii, auctore Salvatore Matth.* 19. *v.* 6. Quod, ut semper observaretur, optandum quidem esset: ast dubitamus, an ejus omissio effectus civiles producere possit, ut scil. ex hoc capite sponsalia rescindi debeant. Putamus autem, si sponsalia per matrimonium consummata non consensum divinum, sed vel avaritiam, vel ambitionem, vel voluptatem, uti hodie fere semper evenire solet, pro fundamento habent, quod haec justa divortii causa sese offerente, facilius rescindi possint, nec hoc, quod plerumque divortio objicitur, *quod Deus conjunxit, homo non separet*, adplicari queat, cum potius valere debeat, quod quidam ex nostris theologis dixit: *quos diabol s conjunxit, homo separet*, conf. Buxtorff. *de divort. p.* 118.

§. 9. Consensui sponsalitio accedunt arrhae, non necessario, sed ut sponsalia melius probari possint, *l.* 16. *c. de episc. audient.* facta enim ad declarandam voluntatem plus ponderis habent, quam verba, *l.* 48. §. 3. *ff. de aedil. ed.* Speciem earum jus commune non determinat, sed in quacumque re consistere potest. Quod et in Germania obtinere credimus, licet universali fere consuetudine introductum sit, ut annulus in tesseram sponsionis offeratur. Pet. Muller. *de annulo pronub. th.* 7. *n.* 1. Qui mos adeo communis est, ut vulgus credat, solo annulo sponsalia contrahi posse, quod tamen falsum, Cothmann. *vol.* 3. *resp.* 34. *n.* 52. *et* 168. Semper enim consensus sponsalitius praecedere debet, cui annulus pronubus accedit, et qui vim obligandi nanciscitur a validitate consensus, conf. Pet. Muller. *c. tr.* ubi plenius de hac re agit.

§. 10. Sequitur dissolutio sponsaliorum. Admittit eam jus canonicum in sponsalibus de futuro propter mutuum dissensum. *c.* 2. *et* 17. *de sponsal.* ut et jus civile. *l.* 1. *c. de sponsal. l.* 2. *c. de repud.* quod nulla alia agnoscit. Verum enim vero contrariantur textibus his consistoria nostra. Licet enim dissolutionem sponsaliorum de praesenti tantum prohibeant, certum tamen est, sponsalia in nostris consistoriis de praesenti eadem esse, quae canonistis de futuro dicuntur. Fundamentum autem eorum principale, uti ex Carpz. *ip. consist. l.* 2. *def.* 173. *n.* 1. *sqq.* adparet, in hoc consistit, quod sponsalia de praesenti sint inchoatum matrimonium, ideoque huc trahunt illud. *Matth.* 19. 6. *et c. quos Deus, can.* 33. *qu.* 3. Sed supra jam dictum est, hanc conclusionem, explosis canonistarum definitionibus sponsaliorum, pariter explodendam esse, quippe quae minus legitime ex principiis nostrarum definitionum sequitur. Repugnat non tantummodo juribus communibus hoc passu sanioribus, sed et juri naturae, quod cuilibet permittit, ut juri suo renunciare possit, si vis obligandi ex solo conventionis vinculo, ut in hoc casu, oriatur.

§. 11. Secundo dissolvuntur sponsalia concursu aliorum. Et quidem secundum jus canonicum, si sponsalia de praesenti priora cum sponsalibus aeque de praesenti concubitu consummatis posterioribus concurrunt, illa, ad quae concubitus non accessit, servantur, haec autem solvuntur, *c.* 3. *x. de spons. duor.* Eamdem sine dubio consistoria nostra, quae Carpz. sequuntur, servabunt decisionem, quia eamdem cum canonistis de sponsalibus de praesenti fovent sententiam, quam §. *praec.* recensuimus. Ast qui definitionem sponsaliorum de praesenti, quam canonistae tradunt, cum consistoriorum definitione confert, non modo disconvenientiam inter hanc juris canonici et consistoriorum decisionem, sed et hujus inconvenientiam satis sufficientem deprehendet.

§. 12. Occasione concursus sponsaliorum liceat adhuc in poenam eorum, qui bina sponsalia contrahunt, inquirere, quia et hic singulare quoddam occurrit. Fuit enim de jure civ. poena bina sponsalia contrahentium infamia. 13. §. 1. *ff. de his qui not. infam. l.* 1. *in f. ibid. l.* 18. *c. ad l. jul. de adult.* jus canon. hoc modo delinquentibus poenam poenitentialem arbitrariam dictitat. dn. Praeses *tr. saepius cit. sect.* 4. *c.* 5. §. 3. Moribus Germaniae, qui sic delinquit, non modo ad poenam fisco solvendam, sed et actionem injuriarum subeundam obligatur. Id *c. l.* §. 7. Poena autem infamiae fere exolevit.

CAPUT II.

De juribus singularibus matrimonii in Germania.

SUMMARIA.

Matrimonii diversitas. §. 1:
De aetate legitima. §. 2.
Potentia generandi ad matrimonium requiritur. §. 3.
De conjugio eunuchi. ibid.
De gradibus. §. 4.
Computatio canonica inconveniens est ibid.
De cognatione spirituali. §. 5.
De matrimonio cum haeretico. §. 6.
Poena polygamiae. §. 7.
Explicatur art. 121. const. crim. ibid.
Judaeis hodie polygamia interdicta est. §. 8.
Polygamiam successivam omnia jura admittunt. §. 9.
Intra quod tempus cöntrahenda. §. 9.
Quid jure canonico? ibid.
Quid hodie? ibid.
De poena secundarum nuptiarum. ibid.
Quantum secundae uxori relinqui possit? §. 10.
De benedictione sacerdotali. §. 11.
Non adhibetur ex accidenti. ibid.
Inter illustres ex libera voluntate obtinet. ibid.
Illustres recipiunt benedictionem per legatum ibid.
Quid si sponsus ante concubitum, post benedictionem vero per legatum celebratam decessit? §. 12.
De libertate principum imperii in contrahendis matrimoniis. §. 13.
Matrimonia illustrium restricta ad rationem status. §. 14.
An pacto familiae restringi possint matrimonia? ibid.
De proclamatione publica. §. 15.
Singularia circa illam. ibid.
Est communio bonorum inter conjuges in quibusdam locis. §. 16.
An communio bonorum juri civili nota sit? §. 17.
Singularia communionis bonorum jura. §. 18.
An communio bonorum societati conjugali conveniat? §. 19.
Hodie nuptiae patriam potestatem tollunt. §. 20.
L. 240. ff. de V.S. in nonnullis Germ. provinciis non recepta est. §. 21.
Definitio matrimonii ad morganaticam. §. 22.
Origo ejus Germanis adscribitur. §. 23.
Foeminus in matrimonio ad morganaticam inferioris conditionis esse debent. §. 24.
Nobiles mediati matrimonium ad morganaticam contrahere non possunt. ibid.
An et quatenus imperatoris consensu ad hoc matrimonium opus sit? §. 25.
Quali pacto hoc matrimonium ineatur? §. 26.
Matrimonium ad morganaticam sinistra manu contrahitur. §. 27.
De matrimonio cum infimae conditionis foemina contracto. §. 28.

§. 1. Consideratis singularibus sponsaliorum juribus, ordo nos ad matrimonium ducit, ut ejus singularia consideremus. Est autem matrimonium vel commune, quod omnibus, vel speciale ad morganaticam, quod illustribus tantum permissum est. De illo jam, de hoc postea agemus.

§. 2. In omni matrimonio primario ratio personarum habenda est, in quibus, ut legitimam aetatem attigerint, requirit jus civile, in masculis decimum quartum, in foeminis autem duodecimum annum. *pr. inst. quib. mod. tut. fin.* sive in illis pubertatem, in his vero viripotentiam, ut in *pr. instit. de nupt.* dicitur, conf. *l. 4. ff. de r. n.* Jura canonica non tam annorum numerum, quam potentiam concumbendi respiciunt. *c. 3. et 9. x. de despons. impub.* Ast mores hodierni, qui maxime laudandi sunt, praeter annos facultatem alendi uxorem et liberos prudentissime requirunt, dn. Hopp. *ad instit. l. 1. c. 10. pr.* si enim his, qui nec se, nec familiam regere, nec alere possunt, libertas contrahendi matrimonia non conceditur, respublica egentibus repleretur civibus, qui potius ejus salutem turbant, quam promovent. Sunt ideo nec hae leges rejiciendae, quae et in foeminis maturiorem aetatem requirunt, ut dirigendae rei familiaris satis scientes sint. Proinde justa parentibus est dissentiendi causa, si sponsus inhabilis sit ad regendam familiam, vel sponsa ad operas domesticas, cum parentes utique praecavere debeant, ne imprudenter matrimonium contrahatur. dn. Praeses *de oper. uxor. c. 3. §. 7.*

§. 3. Deinde potentiam generandi jura requirunt, dn. Boehmer. *introd. in jus digest. tit. de r. n. §. 4.* Lauterbach. *colleg. theor. pract. tom. 2. l. 23. t. 2. §. 49. c. 2. et 3. x. de frig et malef.* Quod requisitum an semper ita stricte observetur, subdubito. Nam et cum sexagenario permittuntur nuptiae in *l. 27. c. de nupt.* Ipsi dd. fatentur, si vir ad omnem copulam esset incapax, et foemina hujus impedimenti non nescia sit, ac eo non obstante nuptias peteret, matrimonium hodie non prohiberi. Cypraeus *de sponsal. c. 9. §. 8.* Brunnem. *ad c. l. 27. inf.* Interim tamen difficiliora fuere consistoria, ut admitterent eunuchi matrimonium, quemadmodum jure civili quoque prohibitum legitur. §. 4. *et 9. inst. de adopt, l. 30. §. 2. de jur. dot. l. 14 c. f. ff. de manum. vind. nov. 22. c. 6.* Licet enim in Saxonia sub Joh. Georg. 2. matrimonium cum castrato toleratum sit, Delphin. *de eunuch. conjug.* non tamen exinde praxis universalis elici potest, quia hoc in casu tantum a serenissimo electore dispensatum est, uti ex decreto electorali a delphino *p. 15.* exhibito apparet, quod expresse jubet, *dass sich ins künfftige auff diesen Fall niemand beruffen, weniger demselben nachzufolgen befugt seyn solle.*

§. 4. Inprimis vero mores Germaniae a jure communi recedunt quoad prohibitionem graduum in cognatione naturali. Vix enim reperiuntur provinciae in Germania, quae subsistunt in dispositione civili, ubi permittuntur nuptiae inter consobrinos et sequentes gradus, §. 4. *inst. de nupt.* vel prohibitionem extendunt ad quartum computationis canonicae gradum, uti canones, *c. fin. x. de consang. et affin.* Sane in Marchia nuptiae in gradu lineae aequalis tertio prohibentur in *ord. consist. march. tit. 58.* sed postea edicto

regio in eodem gradu permissae; sicut et in aliis locis, ut in Saxonia, matrimonia in tertio gradu linese aequalis, non vero inaequalis, permittuntur. Carpzov. *jurispr. consist. l.* 2. *def.* 84. Optandum esset, ut, quemadmodum fere protestantium aliquo modo hic a prohibitione graduum juris canonici recesserunt, sic et computationem canonicam plane inconvenientem deseruissent. Cujus inconvenientiam optime demonstravit Hottomannus *de grad. cognat.* Nam nec prohibitio graduum, nec computatio canonica ullis solidis rationibus nititur. Utut, quod mirandum, theologi nostri, in specie b. Gerhardus, *loc. de conjug.* computationem defendant, quae falsa hypothesi unice fundatur, quasi semper computatio a stipite communi facienda sit.

§. 5. Cognationem spiritualem, quae ex baptismo, et confirmatione contrahitur, de qua vid. *tot. tit. x. de cogn. spir. Lancell. inst. l.* 2. *t.* 13. nostrarum ecclesiarum reformatores prudentissime rejecerunt. Gerhard. *de conjug.* §. 364. Schilt. *prax. jur. rom. in for. germ. exerc.* 36. §. 52. Ziegler. *ad Lancell.* 2. 13. 1. Carpzov. *ip. consist. l.* 2. *def.* 74. Quamvis enim in sensu mystico quaedam cognatio spiritualis admitti possit, de quo vid. Arnold. *hist. cognat. spir.* effectus tamen civiles quoad prohibitionem matrimonii ab initio non habuit, sed serius eosdem nacta est. Ex hac itaque fluxit decisio *l.* 26. *c. de nupt.* quae in Saxonia non attenditur. Berlich. *p.* 4. *concl.* 32. *n.* 24. In aliis autem terris tutius esse putat Brunnem. *ad cit. l. in f.* dispensationem petere, quod tamen superfluum erit, dum illa constitutio numquam recepta est.

§. 6. Ultima denique differentia inter jura Germaniae et communia intuitu personarum, quibus matrimonium interdictum est, offert se circa matrimonium inter haereticum et membrum ecclesiae orthodoxae, quod jus canonicum nequaquam admittit. *c.* 16. *cau.* 28. *qu.* 1. contra S. Scripturam 1. *ad Corinth.* 7. *v.* 12. Vocant autem canones haereticum, qui doctrinam singularem a sensu catholicae ecclesiae alienam fovet, *c.* 27. *cau.* 24. *qu.* 3. eamque pertinaciter defendit. *c.* 31. *cau.* 24. *qu.* 3. Atque ita vi hujus definitionis tam lutherani, quam reformati huc referuntur, ac matrimonium cum eis interdicitur. Verum postquam hodie utraque religio divinis auspiciis per pacificationem religiosam approbata, in imperio romano germanico toleratur, et consequenter ex utraque parte asseclae eorumdem jurium ac pontificii participes sunt, non potest non *cit. canon.* 16. abrogatus, et praxis Germaniae diversa esse. conf. Carpz. *jp. cons. l.* 2. *def.* 6.

§. 7. Progredimur ad polygamiam, quae vel simultanea, vel successiva est. Quoad illam, modo poenam excipias, jura Germaniae et communia concordant. Quod vero poenam attinet, jus civile polygamis infamiam, *l.* 1. *ff. de his qui not. infam.* et poenam stupri dicitat. *l.* 18. *c. ad l. jul. de adult.* quae delinquentibus honestioribus dimidiae bonorum partis confiscatio; humilioribus vero corporis castigatio cum relegatione erat. §. 4. *inst. de publ. judic.* Sed leges Germaniae criminales capite tales puniunt *const. crim. art.* 121. Dubium quidem hoc videtur propter verba ultima: *peinlich gestrafft werden solle*: quae non semper poenam capitis indicant. Ast verba antecedentia: *und wiewol die Kaeyserl. Recht auff solche Ubelthat kein Straff am Leben setzen*, satis ostendunt, vocem *peinlich* hic idem esse ac poenam mortis. conf. Clasen. *ad c. c. art.* 121. *p.* 434. Notandum autem est, quod si poena haec locum habere debeat, copula carnalis requiratur cum benedictione sacerdotali, nec sponsalia sufficiant, uti ex verbis *cit. art.* 121. *und vollbringet*, clarissime adparet. Nec judaei ab hac prohibitione excepti sunt, utut in lege Mosaica polygamia illis indulta sit, cum illorum quoque matrimonia secundum jus commune ordinata esse debeant. *l.* 7. *c. de judaeis.* An autem capitalis poena in polygamia ab eis de facto contracta locum habeat, vel inde dubitamus, quod judaei permissionem legis mosaicae pro se et inde justam opinandi causam habeant, se non peccare in conscientia.

§. 8. Polygamiam successivam admittunt quidem jus civile *tot. tit. c. de secund. nupt.* et jus canonicum *c. ult. dist.* 26. *c. pen. cau.* 31. *qu.* 1. et, teste experientia quotidiana, mores Germaniae. Recedit tamen aliquo modo Germaniae nostrae praxis a juris canonici praeceptis. Primo enim in *c.* 1. *et* 3. *x. de secund. nupt.* Clericis interdicitur, ne benedictionem secundis nuptiis adhibeant, ex insufficienti plane ratione, *quia scil. cum alia vice benedicti sint, eorum benedictio iterari non debeat. d. c.* 3. Secundo prohibentur clerici conviviis secundarum nuptiarum interesse, ne praesentia sua tacite eas adprobent, quibus poenitentiam tribuere tenentur. *c.* 8. *cau.* 31. *qu.* 1. Quod non mirandum, cum olim tanto ardore patres Ecclesiae, ut Ambrosius, Chrysostomus, aliique secundas nuptias persecuti sint, ut vix interdum dubitaverint, sed sine omni ratione, secundo nubentibus poenitentiam imponere, easque pro fornicationis honestae specie declarare, *c.* 4. *dist.* 26. *c.* 9. *et* 10. *cau.* 31. *qu.* 1. Tertio clericus, qui secundas nuptias contraxit, vel viduam etiam tantummodo sibi desponsavit, ad dignitates ecclesiasticas adspirare non potest, licet vinculum matrimonii per mortem uxoris solutum sit, *tot. tit. x. de bigam. non ord. c.* 2. *dist.* 33. *c.* 13. *dist.* 34. *c.* 5. *dist.* 51. *c.* 5. *dist.* 84. *c.* 2. *cau.* 28. *qu.* 3. Quod ex male intellectis *Lev.* 21. *v.* 7. *et* 1. *Tim.* 3. *v.* 2. *et tit.* 1. *v.* 6. ortum trahit. Nam Paulus *loc. cit.* non de polygamia successiva, sed simultanea locutus est, ut scil. episcopus continentior sit, et ne multitudine mulierum a curis officii sacri distrahatur. Nec locus v. t. clericis nuptias cum viduis interdicit. Non enim loquitur de vidua, sed de perversa muliere a marito repudiata, quae infra dignitatem cleri est, Brükner. *decis. matrim. prooem. n. ult. p.* 30. Haec et similia tam protestantium quam reformatorum consistoria in Germania hodie repudiant, et quidem prudentissime primum, quia in secundis nuptiis novum conjugium, cui nondum benedictum adest, nec benedictio, quae priori conjugio accessit, sine absurditate novo adplicari potest, Brükn. *decis. matrim. c.* 15. *n.* 12. Imo et secundum, cum hodie nullo odio, ut olim, secunda matrimonia exposita, sed eadem cum primis sint. Et denique tertium Brunn. *c. l. n.* 14. tam sacris literis, quam rationi repugnans, uti ea, quae supra diximus, satis declarant.

§. 9. Postquam igitur de justitia secundarum nuptiarum, et personis, quae eas contrahere possunt, vidimus, sequitur, ut de tempore, intra quod celebrari possint, videamus. De jure civili viduae annus constitutus est, intra quem nubere prohibetur. *l.* 1.

et 2. *c. de sec. nupt. l.* 3. *et* 11. §. 1. *ff. de his qui not. infam.* Mariti vero lugere uxores suas non tenentur, adeoque illis nullum tempus praefixum est. *l.* 9. *ff. de his qui not. infam. nov.* 22. *c.* 16. *pr.* propter rationum diversitatem, quas Brükn. *decis. matrim. c.* 15. *n.* 18. *seq.* Jus canonicum antiquum adprobat quidem in *c.* 2. *in fin. et* 17. *eau.* 3. *qu.* 7. leges civiles, sed in *c.* 4. *et* 5. *x. de sec. nupt.* ab eis recedit, et foeminis eamdem libertatem, quam leges civiles maritis concedit, propter male intellectum apostoli effatum *Rom.* 7. 2. 3. *et* 1. *ad Corinth.* 7. *v.* 39. quod mulieri, mortuo marito, facultatem nubendi *cui*, non vero *quando* velit, concedit, atqu ita dispositiones civiles non improbat, quae prudentissime ob decorum certum luctus tempus determinarunt. Hinc fora protestantium, repudiata hac in parte pontificis decisione, satis caute jus civile amplectuntur, dum ubique fere certum lugendi tempus determinatum est. Recedunt autem ab illo, quod non omnes Germaniae provinciae praecise annum in foeminis observent, et maritis quoque certum lugendi tempus praescribant. Sic terrarum saxonicarum, et ducatus magdeburgici leges mariti vidui nuptias secundas intra sex menses, viduarum autem intra annum prohibent. Brükn. *decis. matrim. c.* 15. *n.* 36. In electoratu palatino mares sex, foeminae vero novem aut decem menses defunctum conjugem lugere tenentur. *Id. c. l. n.* 37. De jure Wurtenb. tempus luctus tam maritorum, quam foeminarum spatium semestre est *Id. c. l.* Lauterbach. *colleg. theor. pract. tom.* 2. *l.* 23. *t.* 2. §. 40. *et* 41. In principatu anhaltino viduae trimestre spatium praescriptum est. v. *jus prov. anhalt. tit.* 6. §. *über dieses.* Caeterum nec poena eorum, qui citius ad secundas nuptias convolent, semper in infamia et amissione omnium, quae vidua a priori marito quocumque modo accepit, consistit, quemadmodum eam jus civile in *l.* 1. *et* 2. *c. de sec. nupt.* determinat. Plurimarum enim germanicarum provinciarum consuetudines hunc excessum poena arbitraria vindicant, Bruko. *c. l. n.* 36. Aliarum autem leges, uti Saxoniae, foeminas citius nubentes sola infamiae macula notant. *Landrecht. l.* 1. *art.* Carpzov. *de jur. foem. sing. dec.* 1: *pos.* 6. Brunnemann. *in cod. ad l.* 1. *et* 2. *c. de sec. nupt.* minime vero privatione lucrorum a priori marito acceptorum puniunt. Berlich. *p.* 4. *concl.* 31. *n.* 23. Carpzov. *lib.* 2. *jur. eccl. def.* 162. Coler. *p.* 1. *decis.* 64. Secundum statuta norimberg. vidua intra trimestre proximum a morte prioris mariti contrahens nuptias perdit omnia lucra, quae alias ex ejus substantia ad eam pervenissent. Rittershus. *diff. jur. civ. et can. l.* 2. *c.* 5. In jure anhaltino *loco cit.* poena arbitraria tantum statuta est. Specialim vero vidua pastoris perdit annum gratiae. dn. Praeses *de anno grat. c.* 8. *n.* 25. Carpz. *ip. consist. l.* 1. *def.* 185.

§. 10. Porro in odium secundarum nuptiarum constitutum est, quod superstes non possit plus conferre in novum conjugem, quam contulit in unum ex liberis prioris matrimonii. *l.* 6. *c. de sec. nupt.* quae dispositio tamen in Saxonia non recepta est. Berlich. *p.* 3. *c.* 29. *n.* 48. Carpzov. *p.* 2. *c.* 43. *def.* 17. Verum extra Saxoniam huic dispositioni adhuc locum esse, eamque haud abrogatam, docet Rittershus. *de jur. novell. c.* 5. *n.* 17. Quemadmodum etiam in dubio statuendum est, statutum noluisse *cit. l.* 6. derogare, nisi aperte ex ipso statuto constet, quod eidem derogare voluerit. Sichard. *ad cit. l.* 6. *pr. n.* 11. Quodsi itaque de facto plus collatum est, liberi prioris matrimonii condicunt illud a vitrico vel noverca. Caeterum ubi est communio inter conjuges, per se patet, ibidem huic dispositioni locum non esse.

§. 11. Accedimus ad solemnitates nuptiarum, quae consistunt in *benedictione sacerdotali*, quae juri canonico ortum debet, et a Leone imp. in *nov.* 74. adprobata est, ac in nostras quoque ecclesias penetravit, adeoque necessario jam ad contrahenda matrimonia requiritur, ut ejus omissio maculam nuptiis inferat. Carpz. *jurispr. consist. l.* 2. *def.* 142. Potest tamen ex accidenti evenire, ut illa non adhibeatur, et justum tamen matrimonium adsit, v. g. Si Titius sponsalia celebrat cum Seja, postea cum illa concumbit, et peracto concubitu sponsalia adimplere recusat, Seja Titium coram magistratu convenit de consummando per benedictionem sacerdotalem matrimonio, atque tales allegat circumstantias, ut ei juramentum suppletorium deferatur. Titius interim citatus in termino non comparet, sed contumax est, non aliter quam in contumaciam adversus absentem pronunciari, et Seja pro legitima ejus uxore declarari potest, uti etiam ab illustr. Facult. Hallens. responsum esse audivi. Non tantum vero inter privatos benedictio attenditur, sed etiam inter principes, qui tamen magis ex *libera voluntate* se huic ritui subjecerunt, quam ex *necessitate juris l.* 4. *c. de ll.* Illustratur hoc ipsum exemplo ducis barrensis, qui cum Catharinam regis galliae Henrici IV. sororem reformatae religioni addictam ducere vellet, dux barrensis autem catholicam profiteretur, sponsae litem movit, utrum reformatus, an vero catholicus minister solemnia matrimonii peragere deberet. Intercessit tandem rex Galliae, et prehensa sororis manu eamdem duci in matrimonium tradidit, additque, *regis praesentiam omnem supplere solemnitatem.* Hardouin. de perefixe *dans l' histoire du Henry le grand ad annum* 1599. Solent vero illustres in Germania, aeque ac alii magnates extra illam, benedictionem sacerdotalem per legatum recipere, ut praxis testatur, qua facta thorum sponsa illustris cum legato ingreditur, ut ficto concubitu matrimonium confirmetur, ex hac forsan ratione, ut eo firmius sponsa illustris obligetur. Cypraeus *de sponsal. c.* 9. §. 14. vel ex principiis antiquis juris germanici, secundum quae *consensio thalami* ad effectus juris matrimonialis producendos requiritur, uti adhuc in Saxonia obtinet. Neque enim ipsum realem concubitum antiquitus requisiverunt. Carpz. *p.* 3. *c.* 16. *def.* 4. De consuetudine antiqua Germaniae vid. Pesold. *thes. pract.* 1. *Beth* Sande *lib.* 2. *tit.* 5. *def.* 1.

§. 12. Inde notabilis oritur quaestio: an, si sponsus illustris, benedictione sacerdotali per legatum, non vero una cum concubitu per sponsum consummata decesserit, sponsa illustris tam dotalitium, quam morgengabam petere possit? Nos, quod ad dotalitium attinet, simpliciter hoc affirmamus, quia hic verum matrimonium adest, dotalitium autem inter jura matrimonii refertur. Nam consensus matrimonialis, non concubitus tale efficit *l.* 15. *ff. de condict. et demonst. l.* 6. *ff. de r. n.* Panor. *l.* 1. *cons.* 1. Nisi in Saxonia talis casus contingeret, cum principes Saxoniae etiam in successione inter se jure saxonico utantur. Schilter.

in jure publ. lib. 1. *tit.* 2. §. 17. Alias hoc requisitum ad effectus juris matrimonialis non necessarium est. dn. Praes. *de success. ab int. disp.* 4. *c.* 3. §. 7. Quod ad morgengabam attinet, Mylerus *in gamolog. c.* 16. §. 7. *et* 8. hanc quaestionem quidem generaliter affirmative decidit, rectius tamen distinguendum esse videtur, utrum in pactis dotalibus expressum sit, quod morgengaba sponsae consenso thoro, *nach beschlagner Decken*, uti quandoque solet, solvi debeat, an vero nihil expressum sit. Si illud, propositam quaestionem negamus, propter non impletum pactum; si hoc, ex supra data ratione affirmamus. Nec obstat, quod virginitatem sponsa non amiserit. Licet enim communis dd. sententia sit, quod morgengaba in praemium ereptae virginitatis constituatur, hoc tamen falsum esse infra demonstrandum erit.

§. 13. Equidem in aliis regnis et provinciis proceres et illustres ea libertate non gaudent, ut libere matrimonia inire queant, quae ad consensum et arbitrium regis restricta sunt, alicubi quidem in genere, alicubi vero tunc inprimis, si extraneorum principum conjunctiones ambire velint. Sic in neapolitano et Siciliae regno hujusmodi constitutio prohibitiva occurrit a Carolo I. lata, et a Philippo II. rege Hispaniae repetita. Myler. *in gamol. c.* 11. §. 4. Porro jure Franciae et Angliae consensus regum quoque requiritur, ut invidiosa potentia ex vicinorum connubiis evitetur. Aerod. *rer. jud. l.* 4. *t.* 15. *c.* 7. Aruis. *l.* 2. *de republ. c.* 3. §. 8. *n.* 87. Myl. *c. l.* §. 5. Sed majori libertate hic fruuntur principes et status imperii nostri, ut matrimonia libere possint contrahere, nec illa a consensu et arbitrio imperatoris dependeant, ut non tantum inter se affinitates contrahere, sed etiam cum exteris illas canciliare possint, prout exempla plurima et ex iis deducta praxis antiqua docet. Neque enim lex prohibitiva occurrit in nostro imperio, quae libertatem hanc restringeret. Betsius *de pact. famil. p.* 392. Myl. *c. l.* 2. §. 7. *seqq. et de princ. et stat. imp. c.* 31. *n.* 5. Praetenderunt id quidem aliquando imperatores nonnulli, sed status hoc in negotio se semper in sua libertate conservarunt, dn. Rhetius *in jur. publ. l.* 1. *t.* 21. §. 1. Porro haec illustrium matrimonia non dependent ex consensu statuum provincialium, nisi quoad filias id specialiter receptum sit. Schilt. *in jur. publ. l.* 1. *t.* 9. §. 1. *seq.* Non putamus tamen absolute pactum illicitum esse, quod investiturae adjectum, ut vassallus illustris matrimonium contrahere non possit sine consensu imperatoris, uti sentit Myl. *in gamol. c.* 3. §. 7. *in f.*

§. 14. Utut vero illustrium matrimonia in se libera sint, ut imperator illa impedire nequeat, ordinarie tamen sunt restricta ad rationem status, quae pacta, conditiones, aliaque matrimoniorum horum jura dirigit. Rarissime ex spontaneo affectu nuptiae conciliantur inter illustres, qui alias omnem hic ferre deberet punctum, sed prout utilitas reipublicae expedit, ita matrimonia contrahuntur. Admodum scite rex Siciliae apud Barcl. *in argen. l.* 3. *p.* 1. *privatorum est eligere matrimonia ex amicitiae affectu, et morum concordia. Nobis illa suavitas exuenda est.* Potissimum ergo matrimonia illustrium solent esse firmissima instrumenta et vincula amicitiae publicae, quibus pax obtinetur, foedera iueuntur, reipublicae augmentum quaeritur, lites et contentiones sopiuntur. Plura exempla adduxit Arnis *de jur. connub. c.* 1. *sect.* 2. *n.* 11. Myl. *gamol. c.* 4. Unde quaestio oritur, an pacto familiae illustris communi ita ad rationem status restringi possint matrimonia, ut successoribus haud integrum sit, contra hoc pactum matrimonium inire? Tale pactum occurrere in domo principum Albaniae constat, vi cujus matrimonium principis ex illa domo cum virgine nobili interdictum est. Verum utut alias pacta successores stringant, quae de rebus in commercio et arbitrio paciscentium positis fiunt, haud idem dicendum existimamus de hujusmodi pactis principum, libertatem matrimonii contrahendi restringentibus, cum in arbitrio paciscentium non sit hanc libertatem, quae mere personalis est, successoribus adimere, quippe de qua disponere haud potuerunt, uti responsio in causa principum Albaniae illustravit dn. Praeses *de dissens. spons. sect.* 5. §. 77. Unde ex eodem fundamento fluit, quod pater illustris in bonis gentilitiis, feudalibus, et primogeniturae destinatis filium successorem non possit adstringere, ut matrimonium cum certa persona ineat, vel alias libertatem nuptias contrahendi restringere, cum successio in haec bona ex ejus arbitrio haud dependeat. Myler. *in gamol. c.* 4. §. 24.

§. 15. Alter ritus, *proclamatio publica*, iterum ex jure canonico in nostras migravit ecclesias. Continetur enim in *c.* 3. *x. de clandest. despons. c.* 27. *x. de sponsal. c.* 6. *x. qui matrim. accus. poss.* ut et *in conc. trident sess.* 24. quod eum pristino suo vigori, cum valde negligeretur, restituit. Est autem proclamatio publica nihil aliud, quam *edictalis citatio, ad eos facta, qui justam matrimonio celebrando contradicendi causam habent.* conf. dn. Praeses *in not ad Brunnemann. jus eccl. l.* 2. *c.* 16. §. 6. *publicae proclamationes.* Ideoque secundum hujus citationis naturam per tres hebdomadas; uti etiam in *conc. trid. sess.* 24. constitutum est, fieri debet. Male vero et plane singulariter contra hujus citationis requisita mores nonnullarum ecclesiarum nostrarum copulationem eo die, quo tertia proclamatio facta est, permittunt, dn. Born. *de bannis nupt.* §. 19. vel etiam cumulationem proclamationis, quem morem proinde improbat dn. Praes. *in not.* ad Brunn. *c. l.* Deinde etiam hoc in nostris ecclesiis inconvenienter fieri censendum est, quod proclamatio semper in parochia desponsatorum fiat. Cum enim edictalis citatio sit, et in hunc finem fiat, ut omnes, quorum interest, matrimonium hoc non contrahi, compareant, etiam ita, ut effectum habere possit, instituenda est. Si igitur accideret, ut desponsati diutius in alia, breviori spatio vero in hac parochia, ubi fit proclamatio, vixerint, secundum naturam edictalis citationis potius in parochia, quam dereliquerunt, quam in hac, ubi jam degunt, proclamatio facienda essel, quia praesumptio est, ibi plures reperiri contradicentes, quam hic, conf. dn. Boehmer. *jus paroch. sect.* 4. *c.* 3. §. 3. Formulam denique proclamandi, quae quoque ex moribus nostris, et non a jure quodam in hunc modum praescripta est, exhibet dn. Born. *c. l* §. 23.

§. 16. Quoad effectus, qui utrique conjugi communes sunt, primum singulare se exhibet in eo, quod in multis Germaniae terris *communio omnium bonorum* recepta sit, vel potius servata. Certissimum enim est, olim communionem hanc inter conjuges, si non in universa, in maxima tamen Germaniae parte vi-

guisse. Testatur de hoc jus saxonicum *l.* 1. *art.* 31. *Mann und Weib haben nicht gezweit gut zu ihrem Leibe.* Atque hoc etiam respexit Schilt. *in prax. jur. rom. in for. germ. exerc.* 36. §. 77. inquiens: *habet maritus in omnibus illatis, vel haereditate, vel alias quaesitis bonis mulieris jus societatis aut communionis, moribus Saxonum pariter, et omnium teutonicorum populorum.* Imo Jcti practici observarunt, moribus universae fere Germaniae eam invaluisse. Gail. *obs.* 90. *num.* 1. Kirchov. *cons.* 38. *n.* 3. *vol.* 4. Mev. *ad jus lubec.* 1. *p.* 198. *n.* 15. Quod de aliis provinciis extra Germaniam quoque probat Abrah. a Wesel. *de connub. bon. soc. tract.* 1. *n.* 7. *seqq.*

§. 17. Dubium vero quidam movent, annon etiam haec de jure civili obtineat? Quod omnino negandum putamus, modo *veram* bonorum communionem, non *analogicam* vel *honorariam*, uti quidam dicunt, intelligas. Si enim communio omnium bonorum secundum leges civiles obtineret, neque bona receptitia, quae ipsa uxor administrat, Carpz. *de bon. ux. recept. th.* 6. neque paraphernalia, quorum administrationem maritus volente et consentiente uxore obtinet, *l.* 9. §. 3. *ff. de jur. dot. l.* 8. *et* 11. *c. de pact. conv.* cognita essent. Imo uxor pro marito, et vice versa solvere teneretur, ad quod tamen non obligatur, propter *tot. tit. c. ne ux. pro mar.* Nec alia communioni huic contraria jura obtinerent, quae praeter haec, quae jam allegavimus, dn. Praes. *de oper. uxor. c.* 2. §. 4. exhibet. Scimus quidem, multos esse dd. qui contrarium sentiunt, ut Lupus *ad rubr. de donat. int. vir. et ux.* Segura *de lucr. constant. matr. acquis.* Verum cum his jam ab ill. dn. Praes. *c. l.* §. 3. satisfactum sit, ne actum agamus, lectorem eo remittimus. Nec communio haec ex jure canonico defendi potest, uti quidam voluerunt ex *c.* 2. *x. de donat. int. v. et u. et c.* 10. *x. de consuet.* cujus contrarium in §. 6. *cit. diss.* dn. Praes. satis jam ostendit.

§. 18. Ubi igitur communio omnium bonorum contra jus commune recepta est, ibi alia quoque jura obtinent. Sic uxor sine mariti consensu neque contrahere, neque alienare, neque oppignorare, neque ullo alio modo de bonis disponere potest, quia omnia bona utriusque sunt. Uxor pro marito, et maritus pro uxore solvere tenetur, contra *tot. tit. c. ne ux. pro marit.* Cessant privilegia dotis et facultas testandi altero conjuge adhuc superstite. Quae constante matrimonio adquiruntur, non tantummodo ad maritum, sed et uxorem pertinent. Legata a tertio uxori relicta acquiruntur etiam marito, et vice versa, quod etiam de haereditate, quam uxor vel maritus consequitur, dicendum. Liberi, mortuo parente, matre autem adhuc superstite, vel vice versa, non succedunt. Et quae horum sunt similia, quae omnia plenissime sunt excussa ab Abraham a Wesel *de connub. bonor. societ. tract.* 1. *n.* 58. *seqq. et tract.* 11. *c.* 2. *seqq.*

§. 19. Restat, ut adhuc videamus, an communio omnium bonorum societati conjugali conveniat? Quod omnino adfirmandum censeo. Cum enim omnia communicentur bona, impeditur cupiditas rem peculiarem habendi, et defraudandi, ac consequenter consulitur animorum conjunctioni, conf. Cothm. *cons.* 74. *n.* 40. *seqq.* Cumque spe communis lucri et vir et uxor communi studio negotia respiciant, promovetur industria et amor conjugalis. Velasc. *consil.* 103. *n.* 2. Ideoque etiam valde honesta est. Addit. Abrah. a Wesel. *de connub. bon. soc. tr.* 1. *n.* 6. inconveniens esse, per matrimonium corporum et animorum communionem fieri, non etiam bonorum; individuam vitae consuetudinem contrahi, et tamen relicto circa meum et tuum quotidiano inter conjuges discrimine, perfidiae causam in connubio generari. Quod vero haec communio de jure romano haud obtinuerit, in causa fuisse videtur nimia divortiorum libertas, quae apud nos cessat. Consentit Gailius, qui 2. *obs.* 68. *n.* 15. statuta de communione bonorum justa praedicat.

§. 20. Circa effectus uxori proprios, praeter singularia, quae communio bonorum operatur, nihil addo, bene autem circa illos, qui marito proprii sunt. Constat enim ex *l.* 20. *ff. ad l. jul. de adult. l.* 1. §. *f. et l.* 8. §. 2. *ff. de injur. l.* 2. §. 1. *fin. ff. sol. matr. l.* 18. *c. de nupt. l.* 29. *pr. ff. sol. matr. l.* 5. *ff. de collat. dot.* quod de jure rom. nuptiae patriam potestatem non tollant, licet secundum *l.* 1. *et* 2. *ff. de liber. exhib.* illa aliquo modo propter matrimonii concordiam restricta sit. Secus ac de jure germanico, ubi per matrimonium filia patriam potestatem egreditur, et maritali subjicitur. In spec. sax. *l.* 1. *art.* 45. id disertis verbis habetur, ubi ita: *Und ob wohl ein Mann seinem Weib nicht eben bürdig, ist er doch ihr Vormund, und sie ist seine genossin, und tritt sie in sein Recht, wann sie in sein Bett tritt.* Quod hodie adhuc in universa Germania obtinet. dn. Praeses. *in us. mod. ff. tit. de adopt.* §. 23. Mev. *ad jus lubec. l.* 1. *t.* 3. *n.* 25. Besold. *thesaur. pract. voc. freyen.* Carpz. *p.* 2. *c.* 10. *def.* 2. Gudelin. *de jur. noviss. l.* 1. *c.* 13. *in fin.* Et ita semel liberata, defuncto marito, non recidit in patris potestatem. Joh. a Sande *dec. fris. l.* 1. *t.* 7. *def.* 5. Carpz. *n.* 6. *l. c.*

§. 21. Dein ex jure constat, dotem soluto matrimonio restituendam esse. *l.* 240. *ff. de v. s.* nisi consuetudine vel pacto aliud introductum sit. *l.* 48. *ff. sol. matr. l.* 12. *ff. de pact. dot. l.* 6. *c. de pact. conv.* Ideoque lucrum dotis, vel successio mariti in bona uxoris defunctae de jure communi non obtinet, nec inter effectus matrimonii referenda. Quod tamen secus in nonnullis Germaniae provinciis se habet, ut in Saxonia, ubi matrimonii effectus est, ut semper maritus dotem lucretur, sive constituta sit in mobilibus, vel saltim promissa, cum maritus succedat in mobilibus uxoris, etiamsi uxor praeter mobilia nihil possideat, sine praejudicio tamen legitimae liberorum Carpzov. *ip. for. p.* 3. *c.* 23. *d.* 3. *seqq.*

§. 22. Atque haec sunt matrimonii solemnis singularia. Pergimus ad matrimonium ad morganaticam, *quod inter viros illustres, et inferioris conditionis foeminas hac lege contrahitur, ut neque uxor, neque liberi aliquid de patris dignitate et bonis participent.*

§. 23. Origo ejus Germanis adscribenda videtur, quod verbi proprietas docet. Nam vox *morganatica* descendit a voce *morgengab*, vid. dn. Praesid. *exam. jur. feud. cap.* 7. *qu.* 2. quo antiqui germani donum matutinum, apud eos receptissimum, denotabant, de quo *cap.* 4. Idem quoque plenius evincit textus 2. *feud.* 29. qui hoc matrimonium ex *lege salica* esse contendit. Jam vero constat, legem salicam eamdem esse, ac Francorum legem, cum *Salii et Franci* synonyma fuerint. Linck. *de matrim. ad leg. sal. contr. c.* 1. *n.* 8. Conring. *de orig. jur. germ. cap.* 7.

Francos autem gentem germanicam fuisse, ill. dn. Coccejus *in jur. publ. proleg.* §. 20. *seqq.* ostendit; et semper in Germania degisse, aliunde notum est. Licet enim Longobardi et voce *morgengabae et matrimonio ad morganaticam* usi fuerint, non tamen ideo hic matrimonii contractus eis tamquam auctoribus adscribendus est. Rem enim et vocem *morgengabae* ut populus germanicus retinuerunt, et matrimonium ad morganaticam a Francis mutuati sunt. Dum autem Mediolanenses id semel adprobaverint, juris feudalis compilatores illud ei inseruerunt, atque ita mores Germaniae et jus feudale longobardicum aliquo modo conveniunt, proinde nihil a scopo meo alienum me facturum confido, si singularia hujus matrimonii pertractare, et in quantum adhuc Germaniae nostrae consuetudines a jure communi feudali recedant, ostendere conor.

§. 24. Fiat initium a personis matrimonium ad morganaticam contrahentibus. Quod foeminas attinet, consuetudines Germaniae, aeque ac jus feudale, illas, quae inferioris conditionis sunt, requirunt. Myl. ab Ehrenbach. *Gamol. c.* 6. *n.* 1. 12. ubi varia adducit exempla. Ast hoc non sic necessarium esse putamus, ut sponsa, quae ejusdem cum sponso dignitatis est, tale matrimonium nequaquam celebrare possit. Consistit enim tota hujus matrimonii ratio in pactis quae si adsunt, non adeo laborandum de personae qualitate. Caeterum utut de jure longobardico nobiles quoque matrimonium ad morganaticam possint contrahere. 2. *feud.* 29. in Germania tamen id non admittitur. Nobiles germani enim et vassalli et subditi sunt, ideoque ad leges civibus praescriptas servandas obligantur, et in causis matrimonialibus ordinationes consistoriales, quibus hoc matrimonium anomalum est, sequi debent, ceu egregio exemplo illustrat. dn. Praes. *de dissens. spons. sect.* 5. §. 72. Hinc semper nobiles hoc in casu dispensatione opus habent. Nec possunt provocare ad *cit. text.* juris feudalis, quia in matrimonialibus feudales consistorialibus legibus cedere tenentur. Conf. Vultej. *de feud. l.* 1. *c.* 1. *n.* 9. *p.* 8. Est itaque haec matrimonii species in Germania tantum inter illustres recepta, ut et inter nobiles imperii immediatos, quia hi eadem quoque libertate cum principibus Germaniae gaudent.

§. 25. Quaeritur autem, an ad matrimonium hoc imperatoris confirmatio accedere debeat? Affirmat hoc Linck. *c. l. c.* 3. *n.* 28. *et* 29. Verum id admodum dubium est, si quaeratur de ipso matrimonio, quia hodie post reformationem nulla imperatoris auctoritas in causis matrimonialibus est, atque ita in his statibus imperii omnia, caeteris tamen paribus, licita sunt. Accedit, quod hoc matrimonium justum, antiquissima consuetudine in Germania adprobatum sit, nullum inferat praejudicium imperio romano germanico, neque feudis, neque auctoritati jurium communium, quae status in connubiis non obligant. Quod si tamen huic matrimonio tale pactum adjiciatur, ut liberi inde prognati in numero comitum vel baronum, et ita inferioris conditionis paternae esse debeant, auctoritas imperatoris huic tantummodo pacta accedat necessum est, quia soli imperatori, non etiam statibus imperii jus conferendi dignitates competit. Ill. dn. Coccejus *jur. publ. c.* 23. §. 16. nec quisquam aliam, nisi qua fulget, dignitatem per generationem propagare potest. Ast si liberi inter nobiles modo referantur, aliud dicendum. Nam quilibet, qui ex familia nobiliori ortus est, nobilem etiam generat, licet pactum obstet, quo minus in aequali nobilitatis gradu cum patre constituatur. Jam vero princeps vel comes familiae tali ortum debet, ideoque filium quoque nobilem generare potuit. Et hinc tam ad collegia ecclesiastica, quam torneamenta admittendus est, *Er ist Turnier-und Stiffts maessig*, modo non ex defectu avorem repelli possit. Conf. Linck. *de matr. l. sal. contr. c.* 3. *n.* 45. *seqq.*

§. 26. Personas excipit pactum matrimonii ad morganaticam, quod secundum jus longobardicum in eo consistit, ut uxor et liberi soluta vel adsignata eis certa pecuniae summa a successione paterna exclusi sint. 2. *feud.* 29. Nam feudi partem eis adsignare non poterant, propter interdictam vassallis de feudo dispositionem. Olim quidem in Germania ante receptum jus feudale commune omnibus fere licuit certam territorii partem liberis ex matrimonio ad morganaticam susceptis tribuere, quia praeter aulica, et pauca militaria feuda nulla reperiebantur. Post introductum vero jus longobardicum, si quis filiis hisce certas dynastias relinquere intendit, imperatoris et agnatorum consensu opus est. Atque ita ad hoc etiam pactum imperatoris auctoritas requiritur. Praeter hoc aliud adhuc huic matrimonio ex moribus Germaniae adjicitur pactum, quod scilicet neque liberi, neque uxor dignitatis paternae participes fiant. De quo pluribus vid. Linck. *c. l. n.* 24. *et* 25. Myl. *Gamol. c.* 6. *num.* 1. *et* 12. Forsan ex hac ratione, ne familia illustris, si liberi ex matrimonio ad morganaticam prognati titulis et insignibus paternis utantur, redditus autem tali dignitati minime respondentes accipiant, ludibrio ac contemptui exponatur, quae omnia a jure communi aliena sunt.

§. 27. Sequuntur solemnia, quae praeter benedictionem, ac alios consuetos ritus, in porrectione sinistrae manus consistunt, unde etiam dicitur *die Vermaehlung zur lincken Hand*. Equidem primo intuitu hic mos non adeo probandus videtur, propter universalem gentium consuetudinem, quae dextram pro symbolo fidei agnoscit. Verum alia ferenda est sententia, si cum Linckio *c. l. n.* 35. adseritur, matrimonium ad morganaticam ideo contrahi per sinistram manum, ut hoc modo, quasi symbolo, indicaretur, quod, quemadmodum sinistra manus dextra vilior habetur, ita et uxor in hoc matrimonio dignitate uxore inferior ordinaria sit, quia nihil de mariti dignitate participat. Caeterum hic ritus non est essentialis, sed mere arbitrarius, adeoque nihilominus manet matrimonium ad morganaticam, si vel maxime dextra manus accesserit.

§. 28. Alias si matrimonium ad morganaticam non sit contractum, uxor participat etiam hodie de dignitate mariti, et liberi ex hujusmodi infimae conditionis uxore nati sunt legitimi, et plenissime succedunt, cum liberi quoad dignitatem patrem, non matrem sequantur. Vid. Feltmann. *de matrimonio impari*. Singulare quid hac in re ab augustissimo rege Borussiae anno 1697. de tali matrimonio constitutum, quantum ad nobiles foeminas de plebe in matrimonium ducentes; quo occasione cum de Bibliopegi filia nobili juncta lis moveretur, sequentem in modum respondit ill. facultas juridica hujus loci.

Hat einer von Adel im Hertzogthum Magdeburg vor 6. Jahren eines verstorbenen Bürgers und Buchbinders Tochter geheyrathet. auch mit derselben 2. Söhne erzeuget, und ist jetzo Todes verblichen, da denn ratione successionis deshalb ein Zweifel entstehet, weil Ihro Konigl. Majest. in Preussen am 30. Nov. 1697. ein edict in diesem Hertzogthum publiciren lassen, darinn derjenigen von Adel heyrathen, welche sich mit Bauren, oder anderer Leute, so gar geringen Standes sind, Tochtern verehlichen, pro Morganaticis erklaeret, auch die von ihnen gebohrne Kinder von der Lehns succession excludiret, werden daher gefraget wird.

1. *Ob die Buchbinder unter die Zahl derjenigen Leute, so gar geringen Standes und Herkommens sind, zurechnen, und dahero das matrimonium des von Adels, so mit dergleichen Tochter getroffen worden, pro morganatico zu achten sey?*

2. *Was denn der hinterlassenen Wittwen auff solchen Fall (weil diessfalls in angeregter Verordnung nichts disponiret ist) ex bonis defuncti mariti feudalibus, indem an alladialibus fast nichts verhanden, zu ihrer Abfindung gebühre? Und ob sie nicht eben dasjenige, was andern Adelichen Wittwen in der Magdeb. Landes Ordnung ausgemacht, zu fodern befugt?*

So viel nun die erste Frage betrifft: ob wol die Handwercker ordentlich unter geringe Standes Leute gerechnet werden, dahero auch die von Adel, wann sie ein Handwerck erlernen, und solches exerciren, sich des Adels verlustig machen, und kein Zweifel ist, dass auch die Buchbinder denen Handwercks-Leuten zugerechnet werden müssen; Weil aber dennoch in dem Konigl. Edict die Heyrathen mit geringen Standes Tochtern nicht generaliter verbothen worden, sondern notanter dabey gesetzt, welche gar geringen Standes sind, und also dadurch homines abjectae sortis verstanden werden müssen, unter denen Handwerckern auch ein grosser Unterscheid ist, indem etliche viel geringer sind, als andere, welches ex obiecto, damit ein jedweder umgehet, aestimiret wird, denn es giebt opificia sordida, von welchen auch einige vormals im Reich nebst ihren Kindern von andern Zünfften excludiret worden, als Leineweber, Schaefer, Müller, Barbierer, Pfeiffer, Bader, welches jedoch nachmals per constitutiones imperii geaendert ist,

Reformat. Polit. de anno 1577. tit. 38.

Wie denn noch heutiges Tages die Handwercker, welche mit stinckender Arbeit umgehen, vor andern gering geschaetzet werden, als du sind, Gerber, Riemer, Sattler, und dergleichen; Hingegen ist der Buchbinder Arbeit so bewand, dass sie vornehmlich denen Gelehrten, wie auch Fürsten und Herren bey Auffrichtung stattlicher Bibliothecen zu statten kommt, und also das jenige, damit sie umgehen, zu Beforderung der freyen Künste und der Gelehrsamkeit abzielet, so mag daher von denselben nicht gesaget werden, dass sie unter diejenigen Leute, welche gar geringen Standes und Herkommens seyn, gehoren, weshalb denn das Konigl. Edict. de ao. 1697. auff selbe nicht gezogen, und also das matrimonium, welches der verstorbene Edelmann mit eines Buchbinders Tochter getroffen, pro morganatico nicht geachtet werden mag.

Die 2. Frage belangend, ist derselben Entscheidung ferner nicht nothig, denn weil gegenwaertiges matrimonium pro legitimo zu ackten, so muss auch der Wittwen alles dasjenige aus ihres mariti Lehn Güthern gereichet werden, wos sonsten nach dasiger Landes Ordnung einer Adelichen Wittwen gebühret. V. R. W.

CAPUT III.

De juribus singularibus dotium in Germania.

SUMMARIA

Apud antiquos Germanos foeminae nullam dotem habuerunt. §. 1.
Ratio cur Romanis dos placuit? ibid.
Qui filiae de jure communi et germanico dotem constituat? §. 2.
Frater et extraneus necessario dotem non constituunt. §. 3.
In Germania dotis constitutio inter onera feudi refertur. ibid.
Quid si allodium adsit? ibid.
Ratio hujus consuetudinis. ibid.
Quibus filiabus dos constituatur? §. 4.
L. 19. §. 1. c. de haeret. in Germ. non recepta est. ibid.
Cui dos de jure communi et germanico solvatur. §. 5.
Quoad res, quae in dotem dantur, jus commune in Germania viget. §. 6.
Ante receptum jus Longob. in Germania liberior de feudis dispositio erat. ibid.
Quantitatem dotis jus non definit, sed interdum mores Germaniae. §. 7.
Quid juris, si dos in Germania ex feudo solvitur? ibid.
An, si uxor dotem non determinavit, praesumptio sit, quod omnia bona marito in dotem dederit? ibid.
Quando dos repetatur, et qui eam repetat? §. 8.
L. 12. §. 1. c. qui pot. in pign. hab. non indistincte in Germ. obtinet. §. 9.

§. 1. Ex Tacito *de morib. Germ.* constat, apud antiquos Germanos nullam dotem foeminas in domum mariti intulisse. *Dotem* ait, *non uxor marito, sed uxori maritus offert.* Didicerunt igitur dotis constitutionem Germani a Romanis, cum doctores christiani, cum sacris Italiae leges romanas Theodosio interprete in Germaniam attulissent, uti loquitur dn. Ludewig. *de conduct. perpet. c. 1. §. 1. in not. lit. c.* Romanis autem ideo dos placuit, ut viros a concubinatu frequentiori abducerent, et ad nuptias aequalium provocarent. Fontanella *de pact. nupt. tom. 2. cl. 5. gl. 1. n. 1. seqq.* Sumptus enim et apparatus, quibus tum opus erat, multos deterrebat a matrimonio aequali. Conf. Ziegler. *ad Grot. de j. b. et p. l. 2. c. 5. §. 15. in fin.* Cui incommodo per dotem succurrebatur, concessis marito dotis fructibus ad onera matrimonii facilius sustinenda. *l. 7. et 75. ff. de jur. dot. l. 20.*

et 46. *ff. famil. herciac. l.* 20. *c. de jur. dot.* Cum igitur dos in Germania quoque, experientia quotidiana teste, jam recepta sit, videbimus, qua ratione mores Germaniae a jure communi recedant.

§. 2. Dotem filiae constituere pater de jure communi tenetur. *l.* 69. §. 4. *ff. de jur. dot. l.* 19. *ff. de r. n.* Non autem mater, nisi in subsidium ex magna causa, si dives sit, et pater inops *l.* 34. *ff. de jur. dot. l.* 14. *c. de jur. dot.* In illis tamen locis, ubi communio omnium bonorum obtinet, pater et mater simul filiam dotant; defuncto patre, semper sola mater. Cum enim omnia bona tam ad patrem, quam matrem pertineant, nec separatae patris divitiae existant, si vivente adhuc patre filia dotatur, non potest non et a patre et a matre revera dotatio fieri, adeo, ut si pater solus dotem constituerit, ex communibus bonis eam promisisse intelligatur, Groeneweg. *ad l. f. c. de dot. promiss.* Christ. *vol.* 3. *dec.* 51. *n.* 9. Wesel. *de connub bon. soc. tr.* 2. *c.* 1. *n.* 16. mortuo vero patre ab onere dotandi liberari nequit mater, quia nulla alia bona, unde filiae dos constituatur, adsunt, nisi forsan, quod alicubi fieri solet, filiae jam separatae sint a bonis maternis, et ita bona propria habeant. Idem fere obtinet de jure Würtenb. Tenentur enim secundum illud et pater et mater de bonis communibus, quae in societate generali ex quaestu veniunt, et communicantur, dotem liberis solvere mortuo vero patre, sola mater, si liberis propria bona non sint, ex suis bonis. *Würtenb. Landr. t.* 13. *pr.* §. *seqq.* conf. Lauterb. *colleg. theor. pract. tom.* 2. *l.* 23. *t.* 3. §. 5. 16. Wissenbach. *ad l.* 1. *c. ne ux. pro marit.* Perez. *in cap. tit. de tot. promiss. num.* 14.

§. 3. Frater sororem non dotat, nisi voluntarie, *l.* 12. §. *p. ff. de adm. tut.* multo minus tertius extraneus, qui nullo modo filiae obligatur. Quod etiam de jure feudali communi obtinet, uti analogia juris ostendit. Quomodo enim successor feudalis, qui non ex beneficio defuncti succedit, ei obstrictus sit ad dotem filiae ejus ex feudo solvendam? Interim tamen moribus in Germania receptum est, ut dotatio et educatio filiarum inter onera feudi referantur, sicque deficientibus bonis allodialibus dos ex feudo a quocumque vassallo constitui debeat. Ludw. *tr. feud. p.* 155. Vultej. *de feud. p. m.* 358. Rhetii *jus feud. p.* 104. *n.* 2. Mev. *p.* 3. *d.* 367. *n.* 2. Pfeil. *consil.* 72. *cent.* 1. *n.* 6. Schurer. *de success. ab intest. tit.* 4. *fol.* 27. Zas. *de feud. p.* 9. *n.* 8. H. Pistor. 2. *qu.* 37. Gail. 1. *obs.* 117. Hier. Schurff. *cons.* 24. *cent.* 1. Borchold. *de feud. c.* 7. Klock. *tom.* 3. *consil.* 132. *n.* 59. *seqq.* Quod tam inter illustres, quam nobiles obtinet, cum hac tamen differentia, ut his ex feudo licet allodium adsit, quemadmodum in Marchia, Muller. *resol. march.* 62. *n.* 16. et Pomerania. Mev. *p.* 3. *d.* 363. juris est, illis vero ex demanio vel ex collectis *Fraeulein Steuer*, dos solvatur. Springsfeld. *de apanag. c.* 12. *n.* 13. *seqq.* Bets. *de pact. fam. ill. c.* 4. Knipschild. *de fideic. fam. nob. c.* 6. *n.* 236. Myl. *de princ. et stat. imp. c.* 22. Gail. 1. *obs.* 36. *n.* 11. Bardili. *concl. for. exerc.* 52. *th.* 2. Sed de ratione hujus consuetudinis jam videbimus. Consistit illa in improprietate feudorum germanicorum, quae non militaria, sicuti longobardica sunt. Numquam enim Germania militibus distributa fuit. Scimus quidem objici posse, feuda imperii, quae Carolum m. auctorem agnoscunt, feuda vere beneficiata, nec diversa a longobardicis esse. Verum constat haec feuda beneficiata cum familia carolingica extincta, et aevo Conradino in feuda oblata mutata esse. Inconvenienter igitur jus longobardicum nostris feudis, quae olim allodia fuerant, si aulica et pauciora militaria excipis, adplicatur. Sed quis curat inconvenientiam, ubi interesse politicum versatur, quod Nicol. Vigel. Jctus, qui Carolo V. imperatori a consiliis fuerat, in *meth. feud. p.* 27. prodidit.

§. 4. Dotantur autem filiae omnes, quibus leges dotem non denegant. Quas speciatim recensere nolumus, quia vix hic inter leges communes et germanicas differentiam intercedere credimus, si casus excipitur, quod filiae, qui in haereticorum castra transiit, dos non constituatur. *l.* 19. §. 1. *c. de haereticis.* Bach. *th.* 2. Hic enim idem repetendum, quod supra *c.* 2. §. 6. dictum est.

§. 5. Solvitur dos marito; sed si maritus adhuc sub patria potestate est, patri. *l.* 2. *c. famil. herciac.* Nam qui matrimonii onera fert ad hunc etiam fructus dotis pertinent. *l.* 56. §. 1. *ff. de jur. dot.* Hoc autem in casu onera matrimonialia patrem premunt, quae demum cum dote post funera patris ad filium accedunt. *l.* 56. §. 2. *l.* 72. §. 1. *ff. de jur. dot.* Verum enim vero facile constat, aliud jus in Germania obtinere, nec quae dicta sunt, adplicari amplius posse. Statim enim, testanti praxi vulgari, si filii matrimonium contrahunt, patris familiam et potestatem egrediuntur, separatim oeconomiam instituunt, et onera matrimonii ipsi ferunt, ergo mariti quoque statim dotem accipiunt.

§. 6. Res, quae in dotem dantur, non possunt ubique aliae esse, nisi quas principia naturalia admittunt proprie scilicet, et in commercio existentes, quia dotis datio est species alienationis. Hinc nec feudum ex sola patris voluntate filiae in dotem dari potest. 2. *feud.* 9. §. 1. Nec in illis locis, ubi communio bonorum obtinet feuda communicantur, nequidem ex voluntate mariti, nisi consensus domini feudi accesserit Wesel. *de societ. bonor. connub. tr.* 2. *c.* 1. *n.* 97. Equidem ante receptum et obtrusum jus longobardicum liberior erat de feudis dispositio vassallorum nostrorum, uti frequentiores donationes, et venditiones docent. Imo dynastiae quasdam Germaniae matrimonio adquiri posse, nemo tunc dubitabat. Sic Fridericus Serenus gentis Saxoniae princeps cum uxore Hennebergica tractum coburgensem dotis loco accepit. Dn. Giovanni *germ. princ. l.* 5. *c.* 1. §. 12. *p.* 27. Eberhardus comes würtenbergicus cum unica filia Friderici ultimi comitis teccensis maximam teccensium dynastiarum partem acquisivit. Pont. Heuter. *tr. de Habsburg. Orig. c.* 8. *p.* 25. Henricus Hassiae Landgravius adjecit terris suis comitatum catzenellenbogensem, cum filiam Philippi comitis ejusdem comitatus matrimonio sibi junxisset, Rittersh. *p.* 1. *feud. c.* 16. *n.* 20. Eberhardus comes Wurtenbergicus adsociata sibi Henrici comitis montpelgardensis filia Henrietta, Montpelgardiam agris wurtenbergicis adjecit. Crus. *annal. suev. l.* 6. *p.* 3. *c.* 11. Pari modo etiam per nuptias eadem domus wurtenbergica ducatum olsnensem et munsterbergensem in Silesia acquisivit.

§. 7. Quantitas dotis plerumque in illustrium domibus definita est, Springsfeld. *de apanag. c.* 12. *n.*

33. *seqq.* In jure communi vero non exprimitur. Ut ita is, qui ex libera voluntate foeminam dotat, quaecumque velit, dotis loco solvere possit, ne uxor prohibeatur, omnia bona marito in dotem dare, *l.* 72. *pr. ff. l.* 4. *c. de jur. dot.* Hujus autem, qui ex necessitate juris foeminam dotat, et facultatem et dignitatem mariti boni viri arbitratu respicere tenetur, *l.* 60. *ff. de jur. dot.* Si in Germania ex feudo dos solvatur, inter partes vero de ea non conveniat, res arbitrio domini relinquitur, H. Pistor. *l. qu.* 37. *n.* 18. Coler *dec.* 213. *n.* 18. Hic tamen putamus potius in commodum vassalli, quod ex feudo percipit, quam ejus facultatem, vel dignitatem mariti inquirendum esse, cum hoc in casu dotis constitutio onus feudi sit, et propter feudum debeatur, uti supra §. 3. *h. c.* dictum. Sed cum supra supposuerim, uxorem marito omnia bona in dotem dare posse, quaeritur, an, si nihil determinaverit, omnia censeatur dedisse? Negant hoc Cacheran. *decis.* 21. Gail. 2. *obs.* 82. *per tot.* Wesenbec. *cons.* 25. Men. *ad jus lubec. l.* 1. *t.* 5. *n.* 15. Menoch. *de praesumpt. l.* 3. *praes.* 6. *n.* 54. Thoming. *dec.* 30. *n.* 10. *seqq.* Affirmat Schilter. *in prax. jur. rom. in for. germ. exerc.* 36. §. 77. hanc praesumptionem in Germania obtinere, propter incognitam jure germanico differentiam inter bona dotalia, paraphernalia et receptitia. Verum distinguendum arbitror inter illas terras, ubi jus rom. pro regula adsumptum est, et has, ubi in foro magis ad consuetudines Germaniae, quam leges romanas respicitur. Quod illas faciendum cum negantibus existimo: quoad has Schiltero assentior, quia certissimum est, ob communionem bonorum, quae in Germania obtinuit, vid. *supra c.* 2. §. 13. unam esse de jure germanico bonorum uxoris naturam. Huc referendi sunt Saxoniae tractus, in quibus maritus jure maritali ex bonis uxoris fructus capit, nec differentia rerum dotalium et paraphernalium datur. Buchov. *ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 6. *th.* 7. *lib.* 1. Carpz. *p.* 4. *c.* 21. *def.* 1. *n.* 7.

§. 8. Occurrit quoque in foris nostris aliud singulare circa repetitionem dotis. Pater enim de jure communi dotem profectitiam repetit, soluto per mortem filiae matrimonio. *l.* 10. *pr. ff. l.* 4. *c. solut. matr. l.* 71. *ff. de evict. l.* 6. *ff. de jur. dot.* Et hoc procedit, etiamsi liberi defunctae filiae adsint, quia distinguere non debemus, ubi leges non distinguunt. Conf. *l.* 12. *ff. de pact. dot. l.* 48. *ff. solut. matr.* Praedicti enim textus marito concedunt facultatem retinendae dotis propter liberos, si hoc modo pactum sit, alias vero non. Mores autem testibus Sande *dec. fris. l.* 2. *t.* 2. *def.* 5. Brunnem. *ad l.* 4. *c. solut. matr.* Wesenb. *ad tit. solut. matr. n.* 5. *ac* Hahn. *ad illum*, marito existentibus liberis semper jus retinendi dotem profectitiam concedunt, quippe quae liberis debetur. Quod si per mortem mariti matrimonium erat solutum, tunc, filia in sacris paternis adhuc existente, de profectitia pater et filia agebant. *l.* 71. *ff. de evict. l.* 31. *ff. solut. matr.* quod et propter patris potestatem in adventitia obtinebat. *l. un.* §. 13. *c. de r. v. a. l.* 9. *c. de pact. conv.* Verum cum hodie filiae per matrimonium a patria potestate recedant, solae quoque de dote agere possunt.

§. 9. Secundo in *l.* 12. §. 1. *c. qui pot. in pign. hab.* cautum est, ut uxor potiora jura contra omnes mariti creditores habeat, licet anteriores sint temporis privilegio vallati, uti *c. l.* verba sonant. Quod iterum in Germania indistincte non obtinet, nisi tales sint provinciae germanicae, in quibus jus romanum tantum attenditur. Sic Gail. 2. *obs.* 25. *n.* 10 testatur, contrarium suo tempore semper in camera pronunciatum esse. Id etiam in Saxonia obtinere refert Carpz. *ipr. forens. p.* 1. *c.* 28. *def.* 64. ut sc. mulier tantum praeferatur ratione dotis illi, qui tacitam anteriorem hypothecam habet, non qui expressam, quod et in ducatu wurtenbergico observatur, *Landr. p.* 1. *t.* 75. §. *Es sollen auch.*

CAPUT IV.

De juribus singularibus pactorum dotalium in Germania.

SUMMARIA

Pactis jura dotium determinari solent. §. 1.
Super quibus rebus pacta dotalia fiant? §. 2.
An in Germ. contra jus civ. pacta dotalia super futura successione valeant? §. 3.
Pactum de futura successione 5. *testes requirit. ibid.*
Mentio mortis ad pactum hoc non sufficit. ibid.
Pacta dotalia super dotalitio. §. 4.
Origo dotalitii Germanis adscribitur. §. 5.
Definitio dotalitii. §. 6.
Qui dotalitium constituant? §. 7.
An, si in feudo constituitur, haeredum et agnatorum consensu opus sit? ibid.
Non obstat 2. *feud.* 9. §. 1. *ibid.*
Non obstat spec. sax. p. 75. *l.* 3. *ibid.*
Nec domini consensus ad dotalitium requiritur. ibid.
Dotis illatio docenda. §. 8.
Quid si dotis illatio remissa? ibid.
An viduae pauperiori dotalitium constituatur? ibid.
Electo dotalitio dos absorbetur. ibid.
In quibus rebus dotalitium constituatur? §. 9.
In quibus solvatur? §. 10.
An, si in fundo solvitur, fundi metallifodinae etc. doariae concessae sint? ibid.
Quantitas dotalitii inter illustr. non definita est. §. 11.
Inter nobiles est plerumque dos duplicata. ibid.
In Saxon. March- et Pomeran. est dos quadruplicata. ibid.
Dotalitium non usurariam continet lavitatem. §. 12.
Quando dotalitium constituatur? §. 13.
Doaria jus usufructuarii in dotalitio habet. ibid.
Modi, quibus dotalitium amittitur. §. 14.
An vidua ad secunda vota transiens dotalitium amittat? ibid.
De morgengaba. §. 15.
Tàciti tempore jam in Germania obtinuit. ibid.
Definitio morgengabae. §. 16.
In quem finem morgengaba constituatur? §. 17.
Qui morgengabam constituat? §. 18.
Cui constituatur? §. 19.
In quibus rebus morgengaba constituatur? §. 20.

Quantitas hodie non est definita. §. 21.
Quibus modis constituatur? §. 22.
An non promissam haeredes mariti viduae debeant? ibid.
Uxor in morgengaba jus dominii habet. §. 23.

§. 1. Jura dotium plerumque pactis determinari solent. Et inprimis hodie, ubi magis de dote, quam de virtutibus uxoris solliciti sumus. Quicquid autem de dote conventum est, valet, *l.* 48. *ff. de pact. l.* 1. *c. de pact. conv.* modo bonis moribus non contrarietur *l.* 5. *pr. ff. de pact. dot.* vel etiam legibus, quo pertinet *l.* 5. *c. de pact. conv.* Item, ut dos ad mariti defuncti haeredes devolvatur, nec uxori superstiti restituatur. *l.* 2. *de pact. dot.* Quod an hodie in Germania obtineat, infra, ubi de dotalitio agimus, videndum.

§. 2. Fiunt autem pacta dotalia non tantum super dote, sed et de jure romano super donatione propter nuptias, et paraphernis. *rubr. c. de pact. conv. tabor. paratit. ad tit. ff. de pact. dot. c.* 4. *n.* 1. Et ex consuetudine Germaniae praeter haec super futura successione, dotalitio, morgengaba etc.

§. 3. Constat enim ex *l.* 5. *c. de pact. conv.* olim non licitum fuisse in pactis dotalibus, quemadmodum nec in aliis, de futura successione agere. Conf. Gail. 2. *obs.* 126. *n.* 1. Wesenb. *p.* 1. *disc. ad d.* 46. *n.* 23. Klock. 3. *cons.* 114. *n.* 13. Quod tamen hodie in Germania licet, uti testantur Barbos. *l.* 8. *c.* 6. *axiom.* 2. Wesenb. *parat. ff. tit. de pact. dot. n.* 4. Cothm. *vol.* 2. *resp.* 78. *n.* 170. Myler. *gamol. c.* 6. *n.* 22. Sic etiam in camera imperii judicatum esse referunt Gail. 2. *obs.* 117. *n.* 6. Mynsing. 2. *obs.* 33. Caeterum tale pactum de futura successione 5. testes requirit, quia species ultimae voluntatis esse videtur, nulla vero voluntas ultima sine eis consistere potest. *l. ult. c. de codicil. l. ult. c. de donat. mort. caus.* Wesenbec. *c. l.* Perez. *in comment. c. tit. de pact conv. n.* 13. Hahn. *de jur. rer. concl.* 73. Brunnemann. *ad l.* 1. *ff. de pact. dot.* Interim non semper pactum de futura successione adest, ubi executio tantum in tempus mortis differtur. Lauterbach. *colleg. theor. pract. tit. de pact. dot.* §. 3. praesertim si clausula *de non revocando* adjecta fuerit, quia haec operatur, ut magis valeat inter vivos.

§. 4. Deinde nullum dubium est, quod pacta dotalia in Germania etiam super dotalitio fiant, et ab antiquo tempore facta sint, uti ex exemplis apparet, quae Myler. *in gamol. c.* 10. §. 5. exhibet. Verum cum jura communia id ignorent Myl. *c. l.* §. 9. Henel. *de dotal. c.* 1. §. 7. et moribus Germaniae introductum sit, non aba re esse credimus, si hoc paulo accuratius consideremus.

§. 5. Originem dotalitii Germanorum consuetudinibus adscribendam esse dixi. Constat enim ex Tacito *de morib. germ.* in genere, quod dotem apud Germanos non uxor marito, sed uxori maritus obtulerit. Idem in specie apud Longobardos, Alemannos, Bojos, Saxones, Wisigothos, Ripuarios, qui omnes Germanici populi erant, in usu fuisse probat Schilter. *in prax. jur. rom. in for. Germ. exerc.* 36. §. 68. *seqq.* Probabile autem est, dotalitium eamdem esse dotem, quam antecessores nostri mulieribus constituerunt, ut habeant, unde post mortem maritorum sustentari possint. Nam vocabulum *dotalitii*, quo jam denotatur, non mutat rem. Equidem hunc Germanorum morem de dote uxori constituenda, recepta in Germania communione bonorum, ad tempus sublatum fuisse constat, quia frustra a marito uxori bona quaedam ad sustentationem concessa essent, cum uxor, vi *communionis bonorum*, post obitum mariti bona pro dimidia parte lucrari debeat, quemadmodum etiam adhuc lucratur in iis locis, ubi haec communio viget. Sed introducto sensim in Germania jure feudali Longobardico, dotalitia vigere rursus coeperunt, ut aliquo modo mulieribus consuleretur, quae valde laedebantur, quia eis et successio in feuda interdicebatur, et spes acquirendi ex communione bonorum auferebatur.

§. 6. Est vero dotalitium *certa bonorum pars, quam maritus vel illustris vel nobilis, aut alius ejus nomine, uxori, ab obitu mariti ad obitum usque uxoris fruendam constituit.* Conf. Henel. *de dotal. c.* 2. §. 1.

§. 7. Constituunt dotalitium maritus illustris et nobilis, vel etiam pater vel avus eorum, Henel. *de dotal. c.* 3. §. 2. Sed quaeritur, an maritus dotalitium in feudo constituens, et haeredum et agnatorum consensu opus habeat? Negandum hoc puto, quia dotalitii constitutio juxta universalem Germaniae consuetudinem onus feudo adhaerens est. Modest. Pistor. *cons.* 11. *n.* 25. *vol.* 2. Wesenbec. *cons.* 4. *n.* 123. Bocer. *de donat. c.* 11. *n.* 34. Cum enim ideo uxor dotalitium consequatur ex consuetudine Germaniae, non jure successionis, vel principaliter ex facto mariti, maritus haeredes, vel agnatos obligare potest ad constitutum viduae dotalitium agnoscendum H. Pistor. *l.* 1. *qu.* 19. Ludov. Molina *de jur. primog. l.* 1. *c.* 20. *n.* 41. Schurff. *cons.* 51. *cent.* 3. Joach. Beust. *de jur. connub. p.* 3. *c.* 10. H. Pistor. *l.* 1. *qu.* 4. Coler. *decis.* 15. *p.* 1. Nec obstat, quod donatio de jure feudali prohibita sit. 2. *feud.* 9. §. 1. et ideo successor non teneatur ad implendam donationem antecessoris, cum beneficio domini, non defuncti succedat. Nam haec omnia procedunt in feudis ordinariis, non germanicis, quae diversam naturam a longobardicis habent. Videtur autem repugnare spec. sax. *p.* 75. *l.* 3. quod consensum agnatorum hoc in casu requirit. Verum recte Henel. *de dotal. c.* 6. §. 5. observat, quod hoc jus non attendatur, si dotalitium debitum legitimum et usitatum modum non excedat. Imo nec domini consensu ad constituendum dotalitium opus est, licet maritus ultimus ex familia sit, et ejus interitu feudum apertum fiat. Henel. *c. l. c.* 3. §. 6. Schurff. *cons.* 74. Wesenb. *cons.* 77. Ex eodem fundamento, quod dotalitium sit onus feudi, ulterius inferimus, quod et haeredes mariti et successores quicumque dotalitium viduae, seu promissum, seu non promissum, constituere teneantur. Henel. *de dotal. c.* 5. §. 7. cum alleg. dd. ut et dominus feudi, aperto sibi feudo. Id. *c.* 3. §. 6.

§. 8. Ast ut vidua dotalitium exigere, idque ei constitui possit, requiritur dotis illatio. Henel. *c. l. c.* 2. §. 3. *n.* 2. *et c.* 4. §. 14. Myl. *gamol. c.* 13. §. 1. quae non statim ab initio contracti matrimonii necessaria est, sed sufficit, si uxor dotem ab initio promissam postea cum usuris offerre parata sit. Strov. *syntagm. jur. feud. c.* 14. *th.* 10. *in f.* Brunnem. *cent.* 49. Putat tamen Henel. *c. l. c.* 4. §. 16. tunc dotis

illationem non probandam esse, si eam maritus non exegerit, sed uxori remiserit, modo cum mariti haeredibus agatur, secus enim sentit, si agnati succedunt. Nos in personis principum dotis illationem non praecise requiri credimus, etiamsi agnati succedant. Quia principum jura non tam angustis limitibus circumscribenda sunt, quam nobilium. Dein principibus etiam licet pauperiorem ducere uxorem, eique constituere dotalitium, ut tamquam persona illustris vitam splendidam agere possit, propter favorem honoris principalis. Si vero nobilis egentem ducit uxorem, ac decedit, tunc siquidem nullam dotem intulit, agnati dotalitium eidem constituere haud tenentur, nec tantum ratio habenda est viduae nobilis, quam principis. Si autem jam dotalitium constitutum et a muliere electum sit, utpote cui electio competit, Pruckmann. *v.* 1. *cons.* 47. *n.* 127. Carpzov. *p.* 2. *c.* 44. *d.* 2. dos per dotalitium ordinarie absorbetur. H. Pistor. *l.* 1. *qu.* 4. *n.* 20. Cui obstare quidem videtur *l.* 2, *ff. de pact. dot.* quae pactum, quod uxorem indotatam reddit, prohibet. Verum cum ad dies vitae amplissimas suae dotis usuras accipiat, non ad paupertatem hoc ipso redigitur.

§. 9. Constituitur dotalitium tam in rebus mobilibus, quam immobilibus, tam allodialibus, quam feudalibus. Henel. *de dotal. c.* 5. §. 2. *seqq.* contra juris feudalis communis rigorem. Secundum illud enim omnis dispositio de feudo sine consensu domini vassallo interdicitur. Ratio iterum quaerenda est in improprietate feudorum germanicorum. Nec in subsidium demum dotalitium in feudis constituitur, sed marito hoc permissum allodio adhuc existente. Imo successor feudalis, si maritus id non constituit, et decessit, tenetur viduae bona feudalia loco dotalitii adsignare et haeredibus allodialibus allodia intacta relinquere. Joh. Koppen. *decis.* 39. *n.* 27. *et seq. p.* 1. Treutl. *cons.* 106. *n.* 32. Henel. *c. l.* §. 7.

§. 10. Praestatur autem dotalitium vel in fructibus feudi, ut inter nobiles, vel in terris, feudalibus, ut plerumque inter illustres fieri solet. Nascitur hinc quaestio, an, si viduae illustri certus provinciae tractus tamquam dotalitium cedatur, ad dosiam etiam metalli fodinae, aurifodinae, salinae etc. quae in hoc tractu continentur, pertineant. Distinguunt dd. inter metallifodinas, et caetera, in quibus metallum renascitur, et in quibus non renascitur. In illis concedunt dosiae fructus, quia eis salva substantia frui possit, et ad eam perceptio omnium fructuum pertinet. Non vero in his, quia, cum metalla non renascantur, in fructu non sint. Conf. Myl. *Gamol. c.* 11. §. 3. Commodius vero distinguendum esse videtur, utrum metallifodinae et similia dosiae illustri expresse, ut eis fruatur, concessae sint, an non. Si illud, apertum est, eidem hos redditus denegari haud posse. Bene vero si hoc. Certissimum enim est ex consuetudine germanica, fodinas metallorum, auri, salinas et similia regalibus adnumerari. Schulz. *in synops. jur. feud. c.* 7. *n.* 176. Heig. *l.* 1. *qu.* 13. *n.* 29. Choppin. *de doman. l.* 2. *t.* 2. *n.* 6. Goeddeus *ad l.* 17. *ff. de v. s. n.* 14. Netta *cons.* 661. *n.* 2. Bertazzol. *v.* 2. *cons.* 281. *n.* 8. Jam vero regalibus nemo frui, praeter principes, ordinarie sine expressa eorum concessione potest, quia principum jura sunt, quorum vitam privatam agentes incapaces credantur. M. Ant. Peregr. Jctus Venet. *de jure et priv. fisc. l.* 1. *t.* 1. *n.* 9. Nec sufficit, si princeps concedens dynastiam formula usus fuerit, *mitt allen Natzungen Zu und Eingehörungen.* Menoch. *rem. recup. poss.* 13. *n.* 41. cum haec verba intelligi possint, et debeant, *salvis regalibus*, quae specialem concessionem requirunt.

§. 11. Dotalitii quantitatem Germania non praecise definit inter illustres, sed juxta varietatem familiarum dotalitium etiam variat, ut et pro liberalitate principum. Habent tamen quaelibet fere imperii feuda vel dynastias antiquitus dotalitio viduarum destinatas, vel pacto electas. Praeter haec autem inprimis inter nobiles usitatissimus dotalitii modus est dos duplicata. Coler. *decis.* 60. *n.* 11. Bechmann. *exerc. exoter. feud.* 15. §. 19. Myl. *gamol. c.* 10. §. 10. Henel. *de dotal. c.* 6. §. 10. Idem in Saxonia obtinere testantur Heig. *p.* 1. *qu.* 27. *n.* 9. Carpz. *p.* 2. *c.* 42. *d.* 3. et alii. Verum cum secundum communem dd. saxonicorum sententiam et dotis et donationis propter nuptias duplicatae usurae solvantur, dn. Menck. *de quant. dotal.* §. 6. *seqq.* revera quantitas dotalitii in Saxonia quadruplicatae dotis usurae sunt, quemadmodum etiam in Marchia et Pomerania. Dn. Praeses *de jur. vid. nob. in March. c.* 3. §. 28. *id. de success. ab intest. diss.* 4. *c.* 2. §. 15. *et* 16. Schepliz. *promptuar. jur. civ. et feud. t.* 33.

§. 12. Sed breviter videndum erit, an dotalitium usurariam pravitatem sapiat? Quod omnino negandum putamus, licet duplicatae, vel interdum quadruplicatae usurae adsint. Usuraria enim pravitas non videtur esse, ubi ob incertum lucrum vel damnum majus commodum accipitur, quia hoc etiam juri conveniens est. *l.* 14. *et* 17. *c. de usur. l.* 5. *ff. de naut. feud.* In dotalitio vero incertum lucrum est, cum viduae dos per dotalitium absorbeatur. *supra h. c.* §. 8. Deinde etiam leges, quae nimias usuras prohibent, ut *r. j. de anno* 1654. §. *anreichend.* huic casui ideo applicari non possunt, quia consuetudo in favorem viduarum, ut habeant, unde post obitum maritorum sustentari possint, dotalitium vel duplicatas vel quadruplicatas dotis usuras admittit. Conf. dn. Menck. *c. l.* §. 11.

§. 13. Constituto dotalitio, vel ante, vel in die nuptiarum, vel constante matrimonio, vel etiam testamento, Henel. *de dotal. c.* 3. §. 5. Myl. *Gamol. c.* 16. §. 12. uxor mortuo marito statim jus usufructuarium in eo obtinet. Myl. *c. l. c.* 13. §. 9. *et c.* 11. §. 1. et si fructus in praedio dotalitii adhuc pendentes extiterint, percipit eos. Id. *d. c.* 13. §. 10. Potest igitur omnia illa, quae usufructuarius, agere. Sic ei concessa est omnis utilitas, quae fructus rationem habet. Non obligatur ad solvendum ex fructibus dotalitii aes mariti alienum. Id. *d. c.* 13. *et* 14. Fructus tamen ita percipere debet, ut salva maneat substantia. Si igitur species agri non mutatur, quaestio exsurgit, an aurifodinas et similia, ut eis fruatur, indagare dosria possit, juxta *l.* 13. §. 5. *ff. de usufr.* Affirmat hoc Myl. *c. l. c.* 11. §. 9. Nos autem id negamus ex ratione supra §. 10. *h.* data. Nec id alii usufructuario amplius hodie in Germania conceditur. Tenetur dosria denique dotalitio, ut bonam matremfam. decet, frui, v. g. sylvam caedere, si haec ei concessa est, ut maneat sylva. *l.* 6. *in f. l.* 11. *seq. ff. de usufr.* conf. Myl. *Gamol. c.* 11. §. 5. Caetera dosriae jura fusius exhibet Myl. *d. c.* 11. *et ff. ac c. de usufr.*

§. 14. Considerandi quidem adhuc essent modi, quibus dotalitium amittitur. Ast cum illos vel jus civ. *tit. quib. mod. usufr. amitt.* exhibeat, vel Myl. *in Gamol. c.* 14. et Henel. *de dotal. c.* 10. latissime deducant, ne actum agamus, et ordinaria jura contra nostram intentionem pertractemus, hic quoad dotalitium subsistimus, si de unica hac controversia viderimus, an uxor, si ad secundas nuptias transit, dotalitium amittat? quia de hac dissentiunt dd. negant id Wesenb. *cons.* 333. *n* 58. Springsfeld. *de apanag c.* 12. *n.* 72. Coler. *cons.* 25. Henel. *c. l.* §. 17. qui late deducit, contrariam sententiam jure civili sustineri non posse. Alii hoc affirmant, quod scilicet vidua ad secunda vota transiens primo marito, a quo per dotalitium honorata est, injuriam inferat. Gail. *obs.* 98. *n.* 2: H. Hartmann. *t.* 43. *obs.* 7. Cui alii hanc rationem addunt, quod dotalitium hoc fine constituatur, ut vidua alimenta inde capiat H. Newenhahn. *de jur. viduit. m.* 3. *sect.* 6. Jam vero quemadmodum remota causa, etiam effectus removetur, sic cessante viduitate, volunt cessare dotalitium. Tunc enim non mulieri amplius cura alimentorum incumbit, sed vir, cui nupsit, ad ea uxori praestanda obligatur. Verum contraria sententia verior est, cùm jure usufructuario gaudeat mulier in dotalitio, secundae autem nuptiae non sunt modus tollendi usumfructum, sed mortis terminus regulariter expectandus est. dn. Praeses. *de success. de intest. disp.* 4. *c.* 2. §. 18. Carpz. *l.* 6. *resp.* 55. Nisi forsan pactis dotalibus aliter conventum fuerit.

§. 15. Denique morgengaba tam sancte in patria nostra observatur, ut in pactis dotalibus post constitutum dotalitium sponsus simul sponsae eam promittat. Myl. *Gamol. c.* 15. §. 3. Et ab antiquissimo tempore, imo Taciti jam, in Germania invaluit. Quamvis munus hoc matutinum illo aevo non ad delicias muliebres, uti Tacitus loquitur, quaesitum esset, nec quibus nova nupta comatur. sed boves, frenatus equus, scutum cum framea, gladiusque id constituissent. Quas tamen res posterior aetas in pretiosa mutavit.

§. 16. Est vero morgengaba *munus matutinum, quod novus maritus conjugi, quam noviter duxit, ex mera liberalitate, ut uxor eo magis dotata sit, donat.*

§. 17. Finem igitur factae morgengabae in hoc quaerendum esse existimamus, ut uxor eo magis dotata sit, et defuncto marito eo melius habeat, unde se secundum mariti dignitatem sustentare queat. Non itaque facere possumus cum communi dd. sententia, quod donum matutinum in remunerationem ereptae vel amissae virginitatis a marito constituatur. Myl. *Gamol. c.* 15. §. 7. H. Pistor. *l.* 1. *qu.* 44. Fontanella *de pact. nupt. tom.* 2. *cl.* 7. *gl.* 3. *n.* 3. Nam ex antiquitate non constat, quod in hunc finem hoc munus introductum sit, et contrarium quoque inde colligi potest, quod etiam viduae constitui possit, Myler. *c. l. c.* 16 §. 6.

§. 18. Constituunt morgengabam, quemadmodum dotalitium, maritus, vel etiam ejus pater, si placet, non ex necessitate, uti Myl. *in Gamol. c.* 16. §. 2. arbitratur. Est enim mera donatio, quae in liberalitate consistit, ad quam nemo ex regulis justi obligatur. Non vero eam constituit uxor vidua, quae viro juveni nupsit. Supposito sc. hoc, quod donum matutinum non in praemium ereptae virginitatis constituatur. Qui enim contrarium statuunt, nobis contradicere tenentur, ut Myl. *c. l.* §. 4. Vix autem credo, quod praxis germanica nobis adversetur, quia apud Mylerum, qui semper ad eam provocat, casusque adducit, hac vice altum silentium est.

§. 19. Constituitur uxori, etiam viduae, quod Myl. *c. l.* §. 6. propter Germaniae aliorumque regnorum mores admittit, ubi ipse fatetur, quod donum matutinale non praecise in praemium ereptae virginitatis solvatur, quod tamen alibi acriter defendit. Equidem dissentiunt Zorer. *quaest.* 7. *p.* 2. *n.* 510. Covarruv. *de matrim. p.* 2. *c.* 3. §. 7. Cyprae. *de spons. c.* 13. Rath. *de differ. jur. civ. et bavar. assert.* 7. qui contrarium ex principio supra rejecto adserunt; sed, fundamento jam destructo, sententia quoque eorum per se corruit.

§. 20. Consistere autem morgengaba potest tam in rebus mobilibus, quam immobilibus, vel etiam certis annuis redditibus. De illustribus tradit Myl. *c. l. c.* 17. §. 1. quod illi ab antiquo jocalia quaedam juxta dignitatem nubentium cum certa pecuniae summa solvant. An vero etiam in feudis hodie, ut dotalitium, insalutatis agnatis et domino, constitui possit, vel ideo dubium est, quia receptum jus feudale commune omnem alienationem vassallis interdicit.

§. 21. Quantitas morgengabae inter illustres determinata non est, sed dependet ex libera mariti constituentis voluntate. Myl. *Gamol. c.* 17. §. 2. Nisi pacta familiae obstent. Erat autem olim nobilibus praescripta, tam in Spec. Suev. *art.* 272. *l.* 1. quam Sax. *art.* 20. *l.* 1. Hodie solet plerumque quantitas pactis dotalibus determinari, quibus hoc in casu standum est.

§. 22. Modum, quo morgengaba constituitur, quod attinet, supra jam diximus, illum plerumque in pactis dotalibus determinari. Ast hoc non impedit, quo minus etiam viva voce promitti possit, et quidem constante matrimonio. Myl. *c. l.* §. 7. Sed si nulla morgengabae promissio facta sit, quaeritur, an uxor nihilominus eam ab haeredibus mariti defuncti petere possit? Affirmat. Anton. Faber. *5. cod.* 7. *def.* 1. *n.* 9. Negant Fontanel. *de pact. nupt. cl.* 7. *gl.* 1. *p.* 1. *n.* 16. Matth. de Afflict. *decis.* 242. *n.* 1. Myl. *c. l.* §. 10. Mev. *ad jus lubec. l.* 1. *t.* 6. *in proem.* quae sententia verior videtur. Nam morgengaba est nihil aliud, quam donatio, quae non nisi *promissa* debetur. Et licet ex imperii germanici consuetudine ab omnibus fere constituatur, constat tamen consuetudinem hanc praesupponere plerumque *promissionem praecedentem*. Merito tamen hic excipiendam existimo *morgengabam juris saxonici*, quae viduae nobili post mortem mariti debetur, quorsum referunt *alles Feldgaengige Weibl. Vieh, als Kühe mit den Kaelbern, Ziegen, Schweine*, Carpz. *p.* 3. *c.* 33. *d.* 20. quam morgengabam vidua propria auctoritate occupare potest. Carpz. *l.* 6. *resp.* 60. *n.* 6.

§. 23. Restat, ut breviter adhuc videamus de jure, quod uxori in *dono matutinali* competit, quod *dominium* esse assero. Nam uxor morgengabam, ut rem propriam, cum liberrima de ea dispositione adquirit, ut ex formula pactorum dotalium, quam Myl. *in Gamol. c.* 15. §. 3. exhibet, adparet. Ideoque omnia, quae dominus in re propria potest, ipsi quoque concessa sunt. Quae cum Myl. *c. l. cap.* 18. latissime jam evolverit, et vix hic singulare occurrat, nos eis supersedemus.

CAPUT V.

De juribus singularibus divortiorum in Germania.

SUMMARIA

Divortium permissum est propter σκληροκαρδιαν §. 1.
Ex quibus causis divortium admittatur? An Christus Matth. 19. *exclusive locutus sit?* §. 2.
Reprobatur sententia, quod Christus Matth. 19. *exclusive locutus sit.* §. 3.
An praeter receptas divortii causas aliae admitti possint? §. 4.
Processus divortii in Germania. §. 5.
De judice principum protestantium in causis divortii. §. 6
Quid circa malitiosam desertionem requiratur? §. 7.
Divortii quoad thorum et mensam auctor Augustinus est. §. 8.
Separatio quoad thorum et mensam medium interimisticum est. §. 9.
In quibus casibus divortium quoad thorum et mensam inter protestantes adhibendum sit? §. 10.

§. 1. Tolluntur matrimonia, praeter mortem, *divortio*. Quod propter hominum duritiem cordis, ad majora evitanda mala, permissum est, et tam ante, quam post diluvium, apud omnes fere gentes obtinuit. Dn. Praeses *de div. ob insid. vid. struct.* §. 1. ac hodie adhuc obtinet, quia nec nostra aetas perfectiores homines produxit. Ut ita magistratus politicus in hoc corrupto rerum statu in salutem reipublicae multa tolerare debeat, quae perfectae vitae haud congruunt, conf. *l.* 51. *in fin. ff. ad l. aquil.*

§. 2. Ne autem divortia propter quascumque leviores *causas* fiant, ac scandalum haud leve, aliaque inconvenientia in republica oriantur, principis est, eas determinare. Hinc etiam in Germania certae causae receptae sunt, ultra quas non facile progrediendum est. De jure civili quidem divortia olim liberiora erant, *l.* 14. §. 4. *ff. qui et a quib. manum. l.* 60. §. 1. *l.* 61. *l.* 62. *ff. de donat. int. v. et u. nov.* 22. *c.* 4. *can.* 17. *cau.* 32. *qu.* 5. quam libertatem tamen postea Justinianus in *nov.* 117. *c.* 10. aliquo modo restrinxit: ut scilicet non amplius liceat mutuo consensu matrimonium dissolvere, nisi ex causa juxta, utut eam pristino vigori Justinus II. *in nov.* 140. restituerit. Non idem concedit jus canonicum, utpote quod praeter casum, ubi alter conjugum infidelium ad fidem catholicam convertitur, et infidelis sine fidei catholicae injuria cum eo amplius cohabitare non vult, divortium totale, ex principio sacramenti, quod de matrimonio fovet, non admittit *c.* 1. *et* 7. *X. de divort.* secus ac olim, ubi etiam propter adulterium canones divortium quoad vinculum concesserunt, *c.* 2. *cau.* 34. *qu.* 1. *et* 2. *c.* 1 *x. de divort. c.* 1. *x. de donat. int. v. et u.* Nostra consistoria plerumque duas tantum genuinas divortii causas agnoscunt: *adulterium* scilicet, et *malitiosam desertionem*. Dn. Praeses *de dissens. spons. sect.* 6. §. 8. Carpz. *ip. consist. l.* 2. *t.* 11. *def.* 203. *seqq.* Quam communem sententiam omnes approbant. Havemann. *in Gamol. l.* 3. *t.* 6. Kizel. *in Synops. matrim. c.* 8. *theor.* 4. *l.* 6. Brovver. *de jur. connub. l.* 2. *c. ult. n.* 7. *et* 18. Beza *de repud. et divort. p.* 153. *et* 209. Brukn. *decis. matrim. c.* 16. *pr.* et ex S. literis demonstrant. *Matth.* 19. *v.* 9. 1. *Corinth.* 7. *v.* 15. Crediderunt enim Dd. quorum sententia fora penetravit, omnes alias causas Christum *Matth.* 19. *exclusive.* loquentem, prohibuisse. Ne autem eorum sententiae, quod Christi locutio *exclusive* esset, illud 1. *cor.* 7. opponeretur, distinxerunt inter divortium *activum et passivum*. Armisae. *de jur. connub. c.* 6. *sect.* 4. *n.* 3. Carpzov. *ip. consist. l.* 2. *t.* 11. *defunct.* 192. Brouwer. *de jur. connub. l.* 2. *c.* 18. §. 18. Mayer. *de repud. et divort.* §. 24. de cujus distinctionis valore vid. Brukn. *decis. matrim. c.* 16. *n.* 18. *in f.*

§. 3. Verum hanc opinionem de exclusivo Christi sermone non possumus non reprobare. Constat enim ex Seldeni *uxor. ebraic. l.* 2. *c.* 20. *seqq.* fuisse tunc temporis controversiam apud Judaeos de causis divortiorum inter Scholam Hillelianam et Sammaeanam quarum illa divortium ob quamcumque causam, haec vero propter gravem tantum, et inprimis propter *turpitudinem*, admittendum esse docebat. Hanc igitur pharisaei Christo, ut eum tentarent, proponebant. Christus vero ad quaestionem adprobando posteriorem respondebat, ac verbo *πορνεία* omnem gravem causam, vel potius *turpitudinem* secundum Samaei opinionem inclusisse videtur, pro more illius aevi, quo *fornicatio* non modo consummatum aliquod adulterium, sed *omnem turpitudinem* significavit, uti loca a praelaudato auctore *c. l.* allegata satis ostendunt. Deinde sana ratio etiam vult, ut Christus *Matth.* 19. non exclusive locutus sit. Concessa enim a Mose divortia sunt ob *σκληροκαρδιαν* uti *c. l.* dicitur, ut majora praecaverentur mala. Ubi igitur eadem vel majora mala metuenda sunt, quae commisso adulterio metuuntur, non potest non locus esse divortio. Qualis enim fuisset ratio, quae Christum movisset, ut divortium in pari cum adulterio causa, vel etiam graviori, prohiberet?

§. 4. Hinc princeps propter graviores adulterio causas, vel aeque graves, caeteris tamen paribus, divortium admittere potest. Huc inprimis referimus *insidias vitae structas*, ob quas quidem communiter tantum separationem quoad thorum et mensam indulgent, non totale divortium, sed, ut quidem puto, satis inconvenienter. Neque enim post insidias unquam reconciliatio inter conjuges speranda est, quae tamen sperari debet, si *divortium partiale* indulgetur, unde potius totale divortium concedendum, cum qui insidias struit, non tantum vinculum conjugale rumpat, sed etiam illud, quod ratio inter omnes homines obtinere vult. *l.* 3. *ff. de j. et j.* conf. Dn. Praeses *de div. propt. insid. vit. struct.* Nec peccat contra praeceptum Christi, si ab hactenus recepta doctrina et consistoriorum praxi recedit. Quod et alii plures dd. jam agnove unt Brucko. *dec. matrim. c.* 16. *n.* 1.

§. 5. Consideratis divortii causis, sequitur *modus procedendi*, qui iterum in Germania aliquo modo singularis est. Nullum enim divortium hodie bona gratia, vel solo conjugum consensu aut privata auctorita-

te fit, quemadmodum olim de jure civili, sed auctoritate judicis accedente, qui in Germania a consistoriis praeest. Brunnem. *de jur. eccles. l.* 2. *c.* 17. §. 19. Tenentur itaque litigantes ejus auxilium implorare, ac in propria persona, non per procuratores, quemadmodum in aliis causis matrimonialibus, in judicio comparere. De ratione vid. Carpz. *ip. consist. l.* 3. *t.* 3. *def.* 31. Postea legitime causa probanda est, non tamen hic tam evidens probatio requiritur, qualis, ad poenam ordinariam infligendam necessaria est. *c.* 12. *x. de praes.* B. Brunn. *c. l.* §. 15. Dn. Praeses *de dissens. spons. sect.* 5. §. 3. Probata vero causa, sententia fertur non rescissoria, quemadmodum Besold. *cons.* 248. *n.* 9. Bach. *ad Treutl. v.* 2. *d.* 6. *th. f.* Bardili *de divort. ex caus. desert. th.* 7. arbitrantur, sed magis declaratoria, cum matrimonium propter adulterium ipso jure dissolutum sit.

§. 6. Sed si princeps imperii religioni protestandiatis ab uxore divertere vellet, quaeritur, an, et quo judice opus habeat? Sunt qui hoc affirmant, et imperatorem de hoc judicare posse dicunt. Alii hoc jus *austregis* tribuunt. Alii iterum consiliariis, vel consistorio ipsius principis. Quae omnes sententiae satis dubiae sunt. Nam imperator de causis matrimonialibus judicare non potest, quia ex propria ejus hypothesi *spirituales* sunt, et ad judicem ecclesiasticum pertinent. Austregae vero tantum de illis causis in prima instantia cognoscunt, de quibus camera imperii in secunda. Jam vero nec huic judicium de rebus spiritualibus relictum est. Consiliarii vel consistorium principis constitutum est, ut de *subditorum* non *principis* causis cognoscat, cum non praesumendum sit, quod princeps se proprio judicio subjecerit. Ideoque non ampliorem jurisdictionem exercere possunt, quam eis a principe concessa est. Restat igitur, ut asseramus, principem, cui per *instr. pac. Westr. art.* 5. §. 48. jurisdictio ecclesiastica concessa est, quales sunt protestantes, de jure sine cognitione causae uxorem dimittere posse, cum quoad res ecclesiasticas eadem gaudeant potestate, ac reges vel principes jurisdictionem papalem non agnoscentes. Quamvis ex prudentia plerumque principes consiliariis suis cognitionem causae demandent, eisque juramenta remittant. Conf. Dn. Praes. *de dissens. spons. sect.* 6. §. 31. Ill. dn. Coccej. *jus publ. c.* 32. Dn. Ludovici *de judic. in caus. princ. potest. matrim.*

§. 7. Circa malitiosam desertionem in specie requiritur, ut pars innocens, quae divortium flagitat, libellum judici offerat, in quo et factum narrat, et petit, ut ad processum desertionis admittatur. Brukn. *decis. matr. c.* 18. *n.* 28. D. Naev. *jus conjug. c.* 6. §. 37. quo facto judex attendere debet, ex qua causa alter absit, ne sine ratione processum indulgeat. Dn. Praeses *de dissens. spons. sect.* 6. §. 13. Si eum justum deprehendit, ut processus desertionis concedatur, absens a judice citatur, vel citatione ad judicem loci, ubi desertor degit, facta, si sc. de eo constat; vel citationibus edictalibus in trium diversorum dominorum territoriis, Carpz. *ip. consist. l.* 3. *def.* 62. Brunneman. *de jur. eccles. l.* 2. *c.* 17. §. 27. ibique dn. Praeses, quae vel ex suggestibus ecclesiasticis praeleguntur, vel templorum portis affiguntur. Brukn. *c. l. n.* 30. quia causae matrimoniales tamquam spirituales a judice et foro seculari exemptae sunt. Reiterantur autem tribus diversis vicibus, ita, ut, si facta prima citatione, non compareat, secunda vice, accusata ejus contumacia ab actore, ad allegandа impedimenta citetur, et si nec huic satisfacit, tertia ad audiendam sententiam condemnatoriam provocetur. *id. c. l. n.* 31. Ast ubi ad ultimam citationem quoque sese haud sistit, rursus ejus contumacia accusatur, atque a judice pro confesso et convicto, ac malitioso desertore declaratur, partique innocenti licentia matrimonium contrahendi conceditur, non vero nocenti, ex principio juris canonici. Imponebatur enim secundum illud crimina publica committentibus poenitentia publica solemnis, Linck. *in decretal. l. c. t.* 38. §. 1. *et* 8. quae saepius perpetua erat, et quamdiu durabat, contractum matrimonii impediebat *cap.* 13. *can.* 33. *quaest.* 2. *cap.* 12. *et* 16. *ibid.* conf. dn. Praeses *de dissens. spons. sect.* 6. §. [illegible] 26. Brukn. *decis. matrim. c.* 18. Nicol. *de divort. p.* 1. *c.* 3. Naev. *jus conjug. c.* 6. Hahn. *ad* §. 37. Wesenb. *tit. de divort.* Bardili *de divort. et concl. for. tit. de divort. th.* 20. qui latius de hoc processu agunt.

§. 8. Praeter hoc divortium totale aliud adhuc jus canonicum introduxit, *ad thorum* scilicet et *mensam* nulli alias cognitum, et, prout a pontificiis adhibetur, inconveniens plane. Debet vero haec divortii species originem suam Augustino. Negavit enim in comment. *ad Matth.* 5. Christum *Matth.* 19. *et* 5. propter fornicationem dissolutionem vinculi matrimonialis, et potestatem alteri nubendi permisisse, conf. *c.* 1. *et* 2. *can.* 32. *qu.* 7. et quidem ex hac hypothesi, quod matrimonium sit sacramentum, et consequenter indissolubile, quoniam unio Christi cum ecclesia, quae sub matrimonio adumbratur, indissolubilis esse debet. Non tamen statim haec opinio ubique applausum invenit, quemadmodum testantur *c.* 10. 23. 24. *can.* 32. *qu.* 7. *c.* 1. *x. de divort. c.* 1. *x. donat. int. v. et u.* Sed demum ex post facto, ubi omnis divortiorum libertas, approbatio per conciliorum decreta matrimonii sacramento, sublata est. conf. dn. Praeses *de div. propt. insid. vit. struct.* §. 7.

§. 9. Restituerunt autem textum citatum reformatores nostrarum ecclesiarum ad mentem Christi. Nec hanc separationem quoad thorum et mensam aliter, quam *medium interimisticum* retinuerunt, ut scil. non in totum inde conjuges separentur, sed ad tempus, donec rursus mansuefiant, et deinceps in matrimonii concordia inter se vivant. Dn. Praeses *in not. ad Brunnem. l.* 2. *c.* 17. §. 31. Richter. *cons.* 515. *vol.* 2. Brouwer. *de jur. connub. l.* 1. *c.* 29. Carpz. *p.* 2. *decis.* 180. *n.* 5. Nicolai *de divort. p.* 2. *c.* 5. *n.* 5.

§. 10. Est igitur divortium *quoad thorum et mensam* apud nos in his tantummodo casibus adhibendum, ubi spes est vel reconciliationis, vel obtinendi rursus finem conjugii, vel quod pars nocens ad meliorem frugem reditura sit. Verum haec non semper a dd. considerari vel exinde constat, quia propter insidias vitae structas, ubi nulla reconciliatio speranda est, (vid. dn. Praeses *de divort. propt. insid. vit. struct.* §. 33.) hoc tantummodo, non vero totale divortium admittunt. Benst. *de matrim. p.* 2. *c.* 9. Wames. *cons. jur. pontif.* 549. *n.* 9. Carpzov. *ipr. consil.* 12. *def.* 217. *n.* 2. Conf. dn Praeses *c. l.* §. 10. ubi plures adducit dd. Eadem incon-

venientia est, quando hoc divortium tantum indulgent propter morbum contagiosum *incurabilem*, Carpz. *ip. cons. l.* 2. *def.* 180. et alios similes casus, quos lubens praetereo.

§. 11. Scimus quidem communiter in ultimo casu objici, quod Carpzov. *d. def.* 180. *n.* 3. habet, nihil conjugio convenientius ac humanius esse, quam ut conjuges socii omnis fortunae sint. Verum haec petita sunt ex regulis *honesti*, non *justi*, quae quidem aliquid ponderis habent, non vero necessitant. Interim non negamus, illum, qui propter continentiam, si uxor ejus morbo contagioso incurabili laborat, a divortio abstinet, rectius agere. Ast constat, non omnes verbum hoc capere, non omnium idem esse continentiae donum. Sed satis jam prata biberunt, inde, quod superest, Deum o. m. qui hactenus studia mea benignissime direxit, submisse rogo, velit porro mihi clementissime adsistere, meosque labores eo dirigere, ut in ejus gloriam ac proximi, meamque vergant salutem!

FINIS.

DISPUTATIO TRIGESIMA

DE FEUDIS LUSATIÆ SUPERIORIS,

RESPONDENTE

NICOLAO, LIBER. BARO. DE GERSDORFF.

INGRESSUS.

Cum secundum Jcti sententiam turpe sit patricio atque nobili jus ignorare, in quo versatur, *l.* 2. §. 43. *ff. de orig. jur.* non inutilem me suscepturum esse laborem existimo, si, antequam ex hac alma Fridericiana discedam, more majorum specimen publicum editurus, inter alia potissimum *de feudis Lusatiæ nostrae superioris*, eorumque differentiis a jure feudali communi, et inprimis saxonico, disseruero. Non ignoro, quae et quanta sit illustris hujus materiae dignitas et amplitudo; non difficultatem, cum aggrediar materiam haud excussam, et ita me temerariae audaciae poenas vix evitare posse judico, quod opus humeris meis longe gravius aggredi saltem, nedum elaborationi subjicere animo proposuerim. Verum enim vero, cum tenerrimus, quo moveor, in patriae dulce solum affectus, excusationem satis amplam praebere aptus sit, veniam coepti ab omnibus mihi facile polliceor, cum etiam in arduis quandoque aliquid conandum sit, non vero consummatam feudorum Lusatiae cognitionem exhibere et sistere possum, cum nec instituti ratio, nec virium defectus, nec temporis angustia, imo, quod potissimum est, nec defectus experientiae rerum forensium id permittant, sed paucissima saltem rei nostrae feudalis argumenta pro viribus degustabo et delibabo; quibus, pro exigente necessitate praemissis, rem ipsam explicandam aggredior, et ut eo melius ordine procedatur, primo quaedam *de origine feudorum in Lusatia superiori* praemittam, postea *de judiciis et curia feudali et de ipsis differentiis*, tum a jure feudali communi, tum inprimis saxonico acturus sum. Coepta Deus t. o. m. ex alto secundet.

CAPUT I.

De origine feudorum lusaticorum.

SUMMARIA

De statu Lusatiae. §. 1.
Slavi olim Lusatiam inhabitarunt. §. 2.
Sorabi a Carolo m. subjugati. §. 3.
Soraborum praefecti fuerunt comites wettinenses. §. 4.
Sorabi rebelles. §. 5.
Ab Henrico Aucupe Marchiones in Lusatia constituti. §. 6.
Gero Marchio. ibid.

Saxones in Lusatiam transmigrarunt. §. 7.
Id quod confirmatur. §. 8.
Jus saxonicum in Lusatiam introductum. §. 9.
Et sic quoque jus feudale saxonicum. §. 10.
Feuda quaedam oblata in Lusatia. §. 11.
Feuda Lusatiae jure saxonico regebantur. §. 12.
Lusatia ad Vratislaum pervenit. §. 13.
Qua ratione ad Wipertum pervenerit? §. 14.
Redit deinceps ad Bohemos. §. 15.
Sed salvo jure saxonum. §. 16.
Mutatio juris feudalis unde? ibid.
Expressa mutatio accessit. §. 17.
Novae lites de feudis Lusatiae. ibid.
Quaenam potissimum in controversiam deducta sint? §. 18.
Fata commissionis caesareae. §. 19.
Restauratio juris feudalis Lusatiae, cum ipsa Lusatia ad electores Saxoniae translata. §. 20.

§. 1. Ut vero de natura et indole feudorum lusaticorum eo rectius constet, et quaestiones de iis formandae eo accuratius decidi queant, nihil ab officio meo alienum me facturum esse confido, si originem feudorum horum ab ultima repetam antiquitate, et initia, progressum, mutationem praesentemque eorum statum hoc capite praemittam, et cum hoc aliter fieri nequeat, nisi simul historiam provinciae quasi in compendio referam, illam quoque paucis delibare operae pretium judicavi, cum jura ordinarie sequantur statum rei et in primis, quae publicum statum reipubl. quodammodo tangunt.

§. 2. Constat autem ex antiquis rerum monumentis, Lusatiam nostram olim a Suevis inhabitatam fuisse, populo veteris Germaniae antiquissimo; postquam autem Slavi in Germaniam penetrarunt, hos illum tractum, de quo nunc agimus, occupasse, sedesque suas ibidem habuisse. Sicuti autem Slavi diversis nominibus inter se distinguebantur. Balbinus *miscell. histor. dec.* 1. *lib.* 2. *c.* 59. Helmoldus *in chron. Slav.* ita antiquitus *Lutici et Sorabi* dicti fuerunt, donec tandem, marchionibus ibi constitutis, et Slavis devictis, Lusatiae nomen terrae inditum fuit, uti plenius ostendit Sagittarius *de Lusatia* §. 2. *seqq.*

§. 3. Cum vero gens haec, ex raptu vivere assueta et turbidissima, Francos Saxonesque perpetuis excursionibus defatigaret, virtute Caroli m. demum sub jugum missa est. Diserte id testatur Eginhardus *in vita Caroli m.* ajens: *deinde omnes barbaras ac feras nationes, quae inter rhenum et vistulam fluvios, oceanumque et danubium positae, lingua quidem pene similes, moribus vero atque habitu valde dissimiles, Germaniam incurrunt, ita perdomuit, ut eas tributarias effecerit. Inter quas fere praecipui sunt Welatabi, Sorabi, Abotriti, Bohoemi.* Conf. poeta saxo *ad ann.* 789. Conring. *de finib. imp. lib.* 2. *c.* 29. Fuit autem Caroli m. primaria cura et sollicitudo, ut hujus regiones populi, relictis sacris gentilibus, verum Dei cultum amplecterentur; utut hi acriter resisterent, et praeterea ad cultiorem vitam adducerentur, depraedationesque deliserent.

§. 4. Quemadmodum vero magnus ille Wittekindus, illustris stemmatis Wittekindeae conditor, post pacem cum Carolo m. factam, ab eo in magnum ducem Saxoniae investitus est, Nicol. Reusner. *in icon. princip. et reg. p.* 13. ita ad filium primogenitum Wibertum Saxoniam quidem transmisit, sed secundogenitus Witichindus II. unde stemma comitum Wethinensium originem suam trahit, Saxoniae orientalis parte quadam, quae materna fuerat possessio, contentus esse debuit, qui *praefectus Soraborum et dominus Budseciae* cum posteris suis audiit. vid. Nicol. Reusner. *cit. l. p.* 25. quia a Carolo m. *praefectus Soraborum* declaratus erat. Fabricius *in orig. saxon. lib.* 8. *p.* 511. Ex quo patet, comites Wettinenses, superatis Slavis, a Carolo m. praefectos constitutos fuisse, atque adeo sedes suas ibidem habuisse cum posteris suis, uti plenius Fabricius *cit. l. in seqq.* docet. Cum itaque eo tempore *feudi jure* officia et praefecturae a caesaribus concedebantur, omnino certum et perspicuum est, comites wettinenses quoque eodem jure hanc praefecturam per plures annos obtinuisse, nec dubitandum est, quin plures quoque ex nobilibus Saxoniae in hunc tractum emigraverint, sedesque fixas ibidem habere coeperint.

§. 5. Enimvero Slavi, jugi impatientes, quovis modo postea se in libertatem vindicare annisi sunt. Ansam huic defectioni potissimum praebuit ingens regum dissidium, uti ex annalibus fuldensibus *ad annum* 880. constat, ubi ita: *Slavi, qui vocantur Dalmantii, et Bohemi, atque Sorabi caeterique circumcirca vicini, audientes stragem Saxonum a Nordmannis factam, pariter conglobati, Thuringos invadere nituntur, et in Slavis, circa salam fluvium, Thuringis fidelibus, praedas et incendia exercent. Quibus Poppo, comes et dux sorabi limitis, occurrit, et divino fretus auxilio eos prostravit, ut nullus de tanta multitudine remaneret.* Imprimis vero, postquam stirps carolingica cum Ludovico infante in Germania esset exstincta, inter alios Germaniae populos Lusati, seu Sorabi, se imperio Germanorum subducere conati sunt, quemadmodum jam antea post mortem Ludovici Pii defecerunt, uti notat Helmoldus *lib.* 1. *chron. slav. c.* 7. ajens: *post mortem Ludovici regis, Bohemi, Sorabi, Suti et Slavi, quos ipse tributis subjecerat, tunc servitutis jugum excusserant.*

§. 6. In hoc turbulento rerum statu communi procerum consensu ad fastigium regni germanici evehebatur Henricus auceps, qui, cum Germaniae perpetuis barbarorum excussionibus dilaceratae consulere constituisset, nihil consultius rei germanicae fore existimavit, quam singulis provinciis marchiones praeficere, qui hostes a limitibus provinciarum arcerent, et publicae rei curam haberent, vid. Peucer. *in chron. carion. lib.* 4. *p.* 542. *seqq.* Albinus *in chron. misn. lit. g. p.* 101. *seqq.* non quod limitum cura ante hujus principis tempora plane neglecta fuerit, sed, quod hisce temporibus major ratio fuerit, plures marchionatus instituendi. Coepto huic laudabili insistens princeps prudentissimus huic etiam Slavorum terrae Geronem, nobilem saxonicum, praefecit, qui mox sebelles magna strage ad obsequium reduxit. Sic enim Wittichindus *lib.* 3. *annal. Gero, praeses, Slavos, qui dicuntur Lusicki, potentissime vicit, et ad ultimam servitutem coegit.* Huc respexisse videtur Ditmarus *lib.* 1. ajens: *Milzenos,* (qui Lusati fuerunt) *Henricum aucupem, suae subactos ditioni censum persolvere coegisse.* Non itaque dubium est, quin maxima Sorabrorum pars deleta et extincta fuerit, ad mini-

mum proceres, et qui in illa gente eminebant, variis praeliis suppressi sunt. Inter alia refert Fabricius *lib. 2. orig. in sax. qu.* 138. Slavos rursus ad libertatem adspirasse, et Geroni Marchioni insidias struxisse. Hinc pergit: *Gero, ab homine fido de suo periculo clam factus certior, opportunitate provisa Slavos potentes triginta, qui rerum novarum erant auctores, invitatos, post convivium, gladio tollit*, id quod etiam antiquis rythmis exprimi solet:

Zu Lausnitz erster Fürst warich,
Dreyssig Wendisch Herren tödte ich.
Stifft Gerenrodt von eigner Haab,
Daselbst man sieht noch heut mein Grab.

vid. Buntingius *in chron. brunsuich. p.* 89. Balbinus *miscell. histor. dec. 1. lib. 3. c. 19.* Hoc modo itaque Gero proceres gentis Sorabicae delere studuit, neque enim infimam plebem penitus exscindere poterat, satius esse existimans, si in infimam servitutem abjicerentur, interim tamen ita eos percussit, *ut perpauci superstites essent*, uti notat Helmoldus *chron. slav. lib. 1. c. 8. n. 4.*

§. 7. Quemadmodum vero Gero gentem hanc bellicosissimam sine valida manu debellare haud poterat, ita non dubium est, quin hunc in finem ex *saxonica nobilitate*, quae militiae potissimum eo tempore incumbebat, insignem copiam multitudinemque secum habuerit, horumque nobilium auxilio negotium hoc arduum perfecerit. Non obscure hoc indigitare voluisse videtur Fabricius *lib. 2. orig. saxon. p.* 166. ubi refert: *Geronem imperium saxonicum in populo slavonico late propagasse, superatis videlicet duabus illorum gentibus inferioris et superioris Lusatiae*, quibus praemissis, pergit: *cum quibus magnis viribus dimicans, victoria quidem, sed non incruenta, potitur. Nam multos nobiles et viros fortes amittit etc.* Saxones enim olim *praepollebant armis et usu militiae*, ut ait Helmoldus *lib. 1. chron. slav. c. 21. n. 5.* Cum itaque fortissima Saxonum manu Slavi ita domiti, deleti et pene excisi fuerint, aequum erat, ut nobilibus, in praemium navatae operae et militiae, devictorum fundi et agri assignarentur. Atque hoc ipsum factum fuisse, observat quoque Goldastus *l. 1. de regno bohem. c. 16.* uti §. 3. ita loquitur: *nos observamus, Slavis ex injusta possessione pulsis, Saxones a nostris imperatoribus et regibus fuisse immissos, quia eam* (Lusatiam) *inde ad hanc usque aetatem incolunt sub fide et obsequio imperii germanici, a quo rex Bohemiae jure clientelari in beneficium obtinuit.* Neque hoc infrequens, eo tempore erat, ut terrae vacuae devictorum dividerentur militibus, cum constet, originem plurimorum feudorum inde arcessendam esse. Sic etiam Henricus Leo suo tempore intravit terram Slavorum, et devicto Nicloro, *terram divisit militibus suis possidendam*, ut ait Helmoldus *in chron. slav. lib. 1. c. 89. n. 9.* Quae divisio, ex recepto more, haud alio, quam nexu fidelitatis facta fuisse videtur, ut praxis illorum temporum docet,

§. 8. Atque hoc eo probabilius est, quia constat, Slavos sub jugum missos saepius rebellasse, adeoque eo magis necessum fuisse, ut Lusatiae fundi ejusmodi viris darentur, qui Slavorum impetum reprimere, rebellesque in officio continere possent. Neque enim Gero, quem Henricus Auceps *limitum praesidem* designaverat, limites defendere, neque Slavos coercere potuisset, si idoneo milite, qui inprimis eo tempore ex nobilitate constabat, destitutus fuisset. Aequum itaque erat, ut, devictis et deletis tot Slavorum proceribus, praedia vacua militibus darentur in praemium, ut ope eorum Gero et caeteri marchiones gentem indomitam sub jugo retinere possent. Atque hae conjecturae evincunt, Goldasti sententiam satis tutam esse, quod Saxones immissi in Lusatiam fuerint, et veterum colonorum locum occupaverint.

§. 9. Liquidum porro id ipsum exinde redditur, quod Lusatiae dati fuerint principes et marchiones ex Witechindi, ducis Saxoniae, posteris et comitibus Wettini, prout supra assertum, qui sine omni dubitatione multos nobiles saxonicos secum in Lusatiam duxerunt, adeo, ut per hos quoque; jus sax. in Lusatiam introductum sit. Agnoscit hoc ipsum quoque Benjamin Leuberus *de Stapula saxon.* ubi *n. 1340.* concludit, *dass durch diese ihre Saechsische Landes-Fürsten, und dero in Lausnitz mitgebrachten Adel, auch das Saechsische Recht in solche Provintz mit eingeführet worden.* Hujus juris eo major cultura fuit, postquam ab incolis Saxoniae inhabitari coepit, ejectis et pulsis Slavis, antiquis possessoribus; adeo, ut ejus usum nequidem deponerent, cum ad Bohemiae reges Lusatia perveniret. Nam jure suo pristino uti eos permiserunt, adeo, ut si dubium circa punctum juris incideret, recursus ad scabinatus saxonicos eis pateret. Conf. Tleuter. *lib. 1. disp. select. c. 1. th. 10.* Matth. Steph. *de jurisd p. 1. c. 3. n. 28.* Gryphiand. *de Weichbildis saxon. c. 80. n. 4.*

§. 10. Quemadmodum itaque cum gente saxonica usus juris saxonici in Lusatiam penetravit, ita satis probabile est, consuetudines feudorum quoque paulatim in Lusatiam penetrasse, praesertim, postquam nobilibus, qui slavos sorabosque debellaverant, et quoad maximam partem exciderant, praedia devictorum ex aequitate concedi, et in praemium navatae virtutis et operae militaris conferri debuerint. Hoc enim fieri debuisse vel inde patet, quod Lusatia, armis devicta, armis quoque in officio contineri debuerit, id quod sine perpetuo et parato milite contingere haud potuit. Jam vero ex antiquitatibus feudalibus constat, occasionem feudis, praesertim in Germania, dedisse, quod vel veteranis et militibus terrae devictorum divisae fuerint sub nexu fidelitatis, ut sub lege militiae illae porro defenderent contra impetus hostium, quale quid jam Romani olim in Germania tentarunt. *l. 11. ff. de evict.* Vel, quod loco salarii redditus certorum fundorum pro militia vassallis dati fuerint, unde etiam *milites κατ' ἐξοχήν* dicti fuerunt. Cum enim divitiae veterum plerumque in *fundis* et *pecoribus* consisterent, pecuniae usus autem adhuc rarus esset, salaria et stipendia non, uti hodie, in pecuniis solvebantur. Unde etiam *feudum* idem denotare volunt, quod *salarium* vel *stipendium*, Spelmann. *in glossar. p. 216.* Utrumque fundamentum hic deprehenditur; ostensum enim jam fuit, plurimos Slavorum proceres funditus deletos fuisse, Saxones vero nobiles, qui tunc militabant, in Lusatiam missos, horumque opera Geronem in debellandis Slavis usum fuisse. Admodum itaque probabile est, ex more recepto illorum temporum, fundos devictorum nobilibus saxonicis sub lege fidelitatis, propter servitia militaria, relictos esse. Et hoc vel ideo eo magis necessarium erat, quia Slavi, qui adhuc su-

pererant, saepe novos motus excitare conabantur, ad quos supprimendos vassallorum seu fidelium auxilio opus erat.

§. 11. Ex his itaque liquidum est, prima feuda non tam *oblata*, quam *data*, in Lusatia nostra fuisse. Verum progressu temporis copia feudorum admodum aucta esse videtur, accedente *oblatione praediorum* in feudum, a Slavis facta, qui adhuc ex gente ista superstites erant. Utut enim maxima pars procerum deleta fuerit, integra gens tamen exscindi haud potuit, atque adeo, subjugatione facta, qui ex proceribus Slavorum supererant, tandem se accomodasse videntur ad morem jam receptum, et praedia sua in feudum obtulisse, ut ita cum caeteris fundorum feudalium possessoribus aequali jure censerentur. Simile quid in vicinia, Silesia scil. contigisse video, uti observatum est in dn. Praes. dissert. *de feud. ducat. Siles. Schwidnic. et Jaurav. sect.* 1. *c.* 1. §. 7. cum constet, feuda Silesiae aeque recedere a communi natura feudorum, ac quidem lusatica. Constat enim, multos Germanorum terras Silesiae adiisse, et ibidem sedes suas collocasse, quibus advenis terrae et fundi concedebantur, teste Schickfus. *in chron. siles. lib.* 4. *c.* 28. et quidem, uti mos apud Germanos jam diu invaluerat, sub lege feudi. *Reliqui postea Silesiae nobiles*, pergit ill. dn. Praes. *cit. loc. a pristinis consuetudinibus etiam recedentes, bona, quae hactenus libere possederant, principibus suis in feudum obtulerunt, sive quod jussu ipsorum principum hoc fieret, qui ducatuum suorum statum ad instar germanicorum ita formare conabantur, sive quod ipsi nobiles, opinione splendoris cujusdam, quem ex oblatione feudali sibi suisque bonis accessurum esse credebant, illud eo lubentius facerent.*

§. 12. Atque ita prima feuda Lusatiae *data* fuerunt, et quidem *ad jus saxonicum edornata*. Uti enim Saxones in hisce terris sedes fixas posuerunt, ita constat, jus quoque saxonicum cum lingua in his terris receptum fuisse, quemadmodum etiam, eodem fere fato, in Silesiam penetravit. Unde Henelius *in silesiograph. c.* 8. notanter ait: *utitur omnis fere Silesia, in rebus quidem profanis, jure saxonico, cujus, licet fere saxei, et nimis duri, ea tamen multis retro seculis auctoritas, ut non solum per amplissimam Saxoniae regionem observaretur, sed ad alias omnes ditiones et gentes circumvicinas, Lusatiam puta, extenderetur.* Quid ergo mirum, quod etiam in feudis, a Saxonibus in Lusatia institutis, idem jus receptum fuerit, ut hoc intuitu feuda Lusatiae a jure saxonico feudali, quoad suam primaevam indolem, haud recessisse videantur. Et vix aliud judicandum esse reor de *oblatis*, quae, utut alias a *datis* suo modo differant, eodem tamen jure censeri debuerunt, cum Slavis devictis, qui terras suas in feudum obtulerunt, tanta libertas haud relicta fuerit, ut leges alias et jura feudorum diversa sibi vindicare potuerint. Atque haec ipsa nunc satis ostendunt, qua occasione feuda in Lusatiam introducta, et quo jure vassalli usi fuerint.

§. 13. Quemadmodum itaque hactenus ostensum est, Lusatiae praefecturam obtinuisse posteros Wittekindi, comites wettinenses, vid. Manlius *rer. lusat. lib.* 1. *seqq.* ita eamdem sub Marchionum titulo continuarunt usque ad Dedonem, marchionem misnensem, cujus temporibus insignis quaedam circa marchionatum contigit mutatio. Cum enim hic in turbulenta tristissimaque tempora Henrici IV. imperatoris incidisset, et in partes Saxonum contra imperatorem ivisset, praetereaque instinctu Adelae, uxoris suae, quae mariti praedefuncti sui ditionem praetendebat, ideo, quod haeredem haud haberet, arma contra eum movisset, varia fortuna decertans, tandem se imperatoris arbitrio submittere coactus fuit, qui Lusatiae marchionatum eidem abstulit, quamvis alii etiam privationem misnensis marchionatus addant. Sic Lusatiae nostrae Marchia, ad imperatorem rediens, paulo post Vratislao II. duci Bohemiae in feudum concessa est; ut disertis verbis innuit Lambertus Schaffnab. *ad ann.* 1059. *Marchiam ejus*, ait, *Bohoemiae duci in praemium exactae militiae dedit.* conf. Cosmas pragensis, coaevus *lib.* 2. *histor. Bohem. ad ann.* 1086. Goldastus *in append. docum. de regn. Boh. p.* 66. *seqq.* Quod nonnulli *de Lusatia inferiore* accipiunt, ut dn. Hertius in diss. *de renovat. rom. germ. imperii et regni bohem. nexu sect.* 2. §. 3. utut quaedam pars superioris etiam ad Vratislaum transiisse videatur, cum bona ejus pars in manibus Polonorum eo tempore fuerit. Sagittar. *de lusat.* §. 28.

§. 14. Constat hoc potissimum quoque exinde, quod Vratislaus II. genero suo, Wiperto, comiti Groizensi, cujus varia fata plenius refert Henricus Bangertus *in not. ad Helmoldi Chron. Salv. lib.* 1. *c.* 40. *lit. b.* Budissinam dotis nomine dederit; sed cum hic offensam regis contraheret, et ab eo custodiae traderetur, tandem libertati pristinae redditus ab imperatore impetravit, ut Marchio Lusatiae crearetur, vid. Henricus Bangertus *cit. l.* a quo tempore *Marchio in Lusiz* dictus fuit. Sagittarius *de Lusat.* §. 30. Hic aeque dubium est, an universam Lusatiam hoc titulo acceperit. Si conjecturis locus est, de inferiore hoc vix dici potest, quippe quae regibus Bohemiae jam concessa erat, et quam Vratislaus in Vipertum generum suum non transtulerat, sed tantum Budissinam; atque adeo omnino par est, ut ajamus, hoc de bona parte Lusatiae superioris dicendum esse, quae in Polonorum potestatem haud pervenerat. Hoc mortuo, Marchia nostra ad filium ejus, Henricum, translata est, cum vero hic ἄτεκνος moreretur, reversa est ad priores dominos, comites Wettinenses, quidem novo Lotharii imperatoris beneficio ad Conradum, marchionem Misnensem, pervenit, Fabricius *in orig. saxon. lib.* 5. *p.* 538. a quo tempore Lusatia, incorrupta serie, apud marchiones misnenses permansit, uti plenius refert Sagittarius *de Lusatia* §. 32. *seqq*

§. 15. Sed vero circa finem seculi 12. magnam rerum mutationem Lusatia nostra experta est, post obitum Ottocari, regis Bohemiae, cum ad Ottonem pium, brandenburgicum, Lusatia, *incerto titulo*, pervenerit, ut apparet ex Caroli IV. diplomate, quod refert Conring. *de finib. imp. cap.* 29. ex quo simul apparet, quod, gente brandenburgica mox in Johanne extincta, ad Johannem, regem Bohemiae, redierit. Expresse enim ita loquitur: *marchionibus brandenburgicis absque sexus masculini haeredibus decedentibus ex hac vita, nobiles, milites, clientes, cives, universosque incolas Marchiae budisinensis et gorlicensis ad subjectionem et obedientiam Joannis, Bohemiae regis, genitoris sui, tamquam ad ordinarium, legitimum et naturalem dominum suum, et ad coronam regni Bohemiae, de cujus gremio jam dudum constiterant,*

deliberatione non improvida rediisse. Constat ex his verbis, reges Bohemiae magnam Lusatiae superioris partem jam antea *vario titulo* ad se traxisse, ut tamen marchiones misnenses non in totum ea exciderint. Nam jam antea monitum est, marchiones misnenses non universam Lusatiam superiorem obtinuisse, sed bonam partem ejus a Polonis detentam fuisse, et hoc intuitu Carolus IV. asserit, quod ad priores dominos reversa fuerit in Johanne, rege Bohemiae, cum antea illa pars quoque bohemici juris fuisse videatur. Dn. Hertius *cit. loc.* sic itaque ab hoc tempore Lusatia plene cum corona bohemica conjuncta fuit, id quod indicant verba diplomatis Caroli IV. sequentia: *nec non Marchiam budissinensem et gorlicensem cum vassallis, vassallagiis, feudis, feudatariis, utilitatibus, fructibus, obventionibus, jurisdictionibus, judiciis, honoribus, consuetudinibus et omnibus dictorum ducatuum et Marchiae pertinentiis, veluti utile et immediatum dominium nostrum, et regni Bohemiae praefati, eidem regno et ejus felici coronae in perpetuum adjungimus, incorporamus, invisceramus, adscribimus, adpropriamus, et indivisibiliter adjungimus.*

§. 16. Quemadmodum ergo ex his verbis apparet, bohemici juris Lusatiam de novo factam fuisse, ita quoque eadem verba indicant, feuda ipsa cum omni jure pristino ad Bohemos rediisse. Nec tamen ullibi vestigium occurrit, Bohemos circa feuda aliquid mutasse, quae mutatio nequidem etiam praesumitur, quin potius in statu pristino feuda relicta fuerunt, et secundum jus saxonicum aestimarentur. Verum, quod *lege publica* haud factum esse constat, variis mutationibus publicae rei facile contingere potuit. Hactenus enim ostensum est, variis mutationibus obnoxiam fuisse Lusatiam, eamque modo a Polonis, modo a Brandenburgicis, modo a Bohemis possessam gubernatamque fuisse, qualis possessorum et dominorum mutatio facile ansam vassallis praebere potuit, ut quodammodo a jure pristino desciscerent, et paulatim consuetudines novas feudales, a communi aberrantes, assumerent. Et quidem si recte auguror, Carolus IV. in verbis ante allegatis huc respexisse videtur, ubi *consuetudinum* facit mentionem, quae etiam de illis intelligi possunt, quae circa feuda irrepserant ex variis hisce rerum mutationibus. Promovit has feudorum mutationes Praesidum provincialium (*der Land-Voigte*) conniventia, qui cum vel Bohemi vel extranei essent, jura saxonica neglexisse, et ita ansam dedisse videntur, ut paulatim feuda Lusatiae a pristina sua desciscerent natura.

§. 17. Cum vero consuetudines, quae a jure communi tamquam *regula sua* recedunt, *in facto* consistant et ita probatione indigeant, et perpetuis litibus ideo expositae sint, quia semper major praesumptio pro *jure communi* est, inde factum esse reor, quod subinde quaedam mutatio jurium feudalium *expressa lege* accesserit, ut consuetudines dubiae publica lege corroborarentur, et auctoritatem juris scripti acciperent. Sic Ferdinandus I. anno 1544. in feudis Lusatiae superioris in *certis casibus* alienationem et oppignorationem concessit, invitis etiam simultaneae investitis. Praeterea quoque Maximil. II. an. 1575. de *simultanea investitura* singulariter quid constituisse videtur; ast uterque re ipsa magis consuetudines inveteratas confirmavit, quam novum jus constituit. Eo ipso tamen a tramite juris saxonici et feudorum propriorum magis magisque recessum est, et cum ita super *feudorum lusaticorum improprietate* novae lites exsorgerent, res delata est ad imperatorem gloriosae memoriae Matthiam, qui eo nomine anno 1616. certos commissarios ad hoc negotium deputavit, ut in naturam, conditionem, statumque feudorum Lusatiae superioris sedulo inquirerent, et de tota re ad caesaream majestatem referrent, ut certa et nova decisione omnia determinari possent.

§. 18. Potissimum vero eo tempore in deliberationem et controversiam venisse videtur, qualis sit feudorum lusaticorum natura: (I.) an omnium feudorum lusaticorum una eademque esset indoles? Juste enim de eo dubitari poterat, quia in antecedentibus demonstratum est, quod, etsi prima feuda lusatica *data* fuerint, ex postfacto tamen quaedam *oblata* accesserint. Jam autem constat, feudorum *oblatorum* naturam quodammodo diversam esse ab indole *datorum* feudorum, ut plenius docet dn. Hertius *dis. de feud. oblat.* et ill. dn. Thomasius *de feud. oblat.* (II.) Utrum lusatica feuda quaecumq; essent impropria et degenerantia, et quousque haec improprietas se extendat? constat enim, quod improprietas feudorum sit stricti juris, et ita non extendenda. (III.) An constitutio Maximiliani II. his feudis novam et impropriam tribuerit naturam rationemque, quod vel inde probabile satis videbatur, quia eo ipso a jure communi saxonico mirum in modum recessum erat, et quia de *regula* constare debebat, hinc quoque (IV.) sine dubio inquiri debuit, utrum jus saxonicum feudale pro regula supponi debuerit.

§. 19. Sed propositum laudabile imperatoris exitu optato caruit. Utut enim commissio decreta in effectum deduci coeperit, et tota cognitio fere ad finem perducta fuerit, ut nihil restare videretur, quam ut relatio injuncta imperatori offerretur, et ejus approbatio exspectaretur, incidere tamen infausta illa tempora, motus bohemicos intelligo, quae impedivere, ne negotium ad finem optatum duci potuerit. Accessit mores ipsius imperatoris Matthiae, quibus obstaculis intervenientibus factum, ut res indecisa maneret usque ad tempora Ferdinandi II. Utut enim augustissimus hic imperator anno 1620. Lusatiam jure pignoris electori Johanni Georgio I. Saxonum Heroi, propter impensas et egregia in familiam austriacam merita cesserit, expresse tamen commissionem illam, de qua hactenus actum est, et cognitionem ulteriorem penitioremque de *feudis Lusatiae superioris* excepit. Quocirca *anno* 1622. *et seqq.* haec ipsa de novo reassumpta et cum statibus provincialibus Lusatiae res in deliberationem de novo deducta est, sed obstitere motus perpetui bellorum, qui universam Germaniam tantopere afflixere, ut negotium totum in suspenso manserit.

§. 20. Affulsere tandem auspicatissima illa tempora, quibus tota causa felicissimis auspiciis definita est quae vel ideo tamdiu suspensa, impedita, et implicata fuisse videtur, ut, quod reges Bohemiae inter turbas perficere temporum in juria prohibiti sunt, hoc augustissimae domui electorali saxonicae acceptum ferretur, et in pace a pacifico non minus quam bellicoso heroe gloriose expediretur. Secuta enim est anno 1635

pax Pragensis, in qua a Ferdinando II. electori Saxoniae Johanni Georgio I. gloriosae memoriae Lusatia, quam hactenus *pignoris jure* obtinuerat, pleniori jure, scil. sub *nexu feudali*, tradita est et appropriata. Sic Lusatia felix, jure quodammodo *postliminii* ad Saxones et misnensium marchiones reversa, omni tranquillitate, omnique devotione tam dulce tamque beatum imperium pio affectu veneratur. Videlicet sub Johanne Georgio I. quae hactenus indecisa et imperfecta permanserant, feliciter ad finem perducta fuere, cum tandem anno 1652. per deputatos commissarios, una cum statibus Lusatiae controversiae feudales decisae, dubia, quae hactenus circa feuda Lusatiae inciderant, plene resoluta, et ita totum jus feudale lusaticum antea turbatum in consonantiam perpetuam deductum fuerit. Seriem totius rei quodammodo tangit augustissimus elector in ipsa *ordinatione feudali*, quae praedicto anno edita est, ubi primo mentio fit [illegible] Maximiliani et deinde subjicitur: *Aber wegen solcher Begnadigung bisshero etliche Zweiffel, zuforderst die Befolgung der gesamten Hand auff jede Faelle, so wol die frey ausgesezte disposition mit den Lehns-Gütern, und sonsten andere streitige puncten die Lehen betreffend, vorgefallen. Dahero die vorige Kaeyser und Konigl. Majestaeten Rudolphus, Matthias, und Ferdinandus, hochstlob. An denckens, als Marggraffen in Ober-Lausitz, gnaedigst gesonnen gewesen, vermittels einer Kaeyser und Konigl. Interpretation und Erleuterung diese zweiffelhaffte puncta dürch gebührliche bestaendige Richtigkeit und Ordnung gnaedigst zu remediren, zu welchem Ende auch hochst ermelte Kaeyser und Konigl. Majestaet, etwa eine Lehns-Commission angeordnet, dero Erorterung nochmals auff begebene Todes Faelle auch entzwischen vorgegangene langwierige Kriegs Unruhe in suspenso verblieben, und gleichwol eine gute Ordnung und Richtigkeit, so wol in Lehn als andern Sachen hoch vonnothen, uns auch als jetziger Zeit regierenden Churfürsten zu Sachsen, und Marggraffen in Ober Lausitz, denselben gnaedigst abzuhelffen nicht anders obliegen und gebühren will: dass wir die vornehmsten Lehns Streitigkeiten, so oberührtes privilegium und sonsten anreichen thun, in reiffe Berathschlagung gezogen, und uns hierauff mit folgender Interpretation, Decision und Ordnung, wie es nunmehro inskunfftige gehalten werden solle, gnaedigst erklaeret etc.* Hoc quoque collimant, quae de renovatione in *alleg. ordinat. feud. Lusatiae superioris* habentur, ubi asseritur: *Dass die vorige Kaeyserl. Maj. auch als Koenig, Marggraff und Lehen Herr in Ober-Laussnitz durch unterschiedliche Lehens Commissiones solch Lehn Recht beneben andern Lehens Maengeln wiederumb in Richtigkeit zu bringen gnaedigst vorhabens gewesen.* His satis tandem jus feudale lusaticum suum vigorem pristinum et certitudinem recepit, ut quod jus primitus a Saxonibus in Lusatia erat receptum, non ab aliis quam Saxonibus quoque reformaretur, restauraretur, illustraretur.

CAPUT II.

De juribus singularibus feudorum Lusatiae superioris.

SUMMARIA

Quid sint jura singularia feudorum? §. 1.
Quale jus pro regula ponendum in Lusatia? §. 2.
An jus longobardicum pro regula ponendum? §. 3.
Feuda lusatica sunt impropria. Et ita quoque praesumuntur. Unde feuda propria in Lusatia. §. 4.
Nihilominus tamen feuda lusatica manent feuda, nec sunt allodia. §. 5.
Improprietas stricte accipienda. §. 6.
Alienandi facultas abhorret a feudis. §. 7.
Quatenus ex privilegio Ferdinandi in Lusatia concessa alienatio? §. 8.
Major libertas concessa ex privilegio Maximiliani. §. 9.
Alienans non debet habere liberos, nec simultanee investitos. §. 10.
Quod si speciali simultanea investitura muniti adsint? §. 11.
Unde simultanea investitura saxonica? §. 12.
Simultanea investitura etiam in Lusatia recepta. Quid si alienatio invitis simultanee investitis facta? §. 13.
Quid si non obstante simultanea investitura alienatio consensu domini facta? §. 14.
Realis investitura requiritur. Facti species. Rationes dubitandi. Rationes decidendi. Decisio. Quaestio II. Rationes dubitandi. Rationes decidendi. §. 15.
Habent agnati non simultanee investiti jus retractus. §. 16.
Quid circa jus protimiseos in alienatione extrajudiciali observandum sit? §. 17.
An etiam jus retractus stricte dictum competat? §. 18.
An etiam extraneis simultanee investitis hoc jus competat? Facti species. Rationes dubitandi. Rationes decidendi. Decisio. Facti species. Ratio dubitandi. Rationes decidendi. Decisio. §. 19.
Dominus de jure communi habet jus protimiseos. An idem obtineat in feudis Lusatiae superioris? §. 20.
Quid si dominus alienationi expresse consensit? §. 21.
Abesse debet pactum de alienando. §. 22.
An dominium transferatur, si contra pactum alienatio suscepta? §. 23.
Judicanda alienatio officialibus. §. 24.
Quid si apertura feudi immineat? §. 25.
Privilegii usus, quod vocatur der Vor-Ritt. §. 26.
Quomodo solemnitas peragatur? §. 27.
Feudi alienatio fieri potest consensu domini, cujus apertura instat. §. 28.
Alienatio inter vivos tantum concessa. An sub alienandi potestate comprehendatur testandi facultas. §. 29.
Decisio ordin. feudal. §. 30.
Omnis alienatio inter vivos concessa est. §. 31.
Alienatio talis non debet fieri in fraudem legis. §. 32.
Quousque testamenti factio de jure lusatico permissa? §. 33.
Quousque de feudis hereditariis et foemineis testari liceat? §. 34.
An agnatos in feudo gravare possit testator? §. 35.

Feuda possunt gravari quoad legitimam filiorum. §. 36.

Quatenus in Lusatia filiabus debeatur legitima? §. 37.

Sororibus etiam legitima potest relinqui. Quanta hinc sit legitima? Facti species. Quaestiones. Quaestio 1. Rationes decidendi. Decisio. Quaestio II. Rationes decidendi. Decisio. Quaestio III. Rationes decidendi. Dubium circa Lusatiam removetur. Quaestio IV. Rationes decidendi. Decisio. §. 38.

Alienantur feuda ut feuda. §. 39.

Impeditur ita feudi apertura. §. 40.

§. 1. Quemadmodum *juris singularis* ratio potissimum in eo quaerenda est, quod recedat a *regula* seu *jure communi*, ita facile constat, quod non quaevis jura feudalia Lusatiae superioris sim traditurus, sed ea tantum, quae recedunt a regula communis juris feudalis, quae hactenus recte *jura singularia* dici quunt; quia autem haec non aliter recte dijudicari possunt, nisi constet de *regula* seu *jure communi feudali*; ita in hoc ante omnia inquirendum est, ut inde possit constare, quousque *jura singularia feudorum Lusatiae superioris* ab illo recedant.

§. 2. Constat autem ex iis, quae *cap. praeced.* de *origine feudorum lusaticorum* fusius exposita sunt, Saxones usum feudorum in Lusatiam nostram introduxisse, et introductis ita feudis, jus saxonicum tam in feudalibus quam allodialibus in observantiam deduxisse, unde non aberravero a via, si *jus commune feudale* non aliud hic supponendum esse asseram, quam ipsum *jus feudale saxonicum*. Non obscure hoc innuitur in *ordin. feudali Lusatiae de anno* 1683. ubi circa medium fere haec clausula occurrit: *Vermöge Sachsischer, dieses Orths üblicher rechte.* Quemadmodum etiam in privilegio Maximiliani de anno 1575. fere eadem clausula reperitur: *Vermoge Saechsischer als dieser Ort Landübl. gebraeuchlichen rechte.* Praeterea in ipsa *ordinat. feudal.* non raro vel explicite ad jus saxonicum unice provocatur, veluti quando de computatione graduum quaeritur, expresse declaratur, eam fieri debere *nicht nachgemeinen Lehn, sondern nach Saechsischen rechten, inhalts des dritten. art. lib. 1. Land-Recht.* Similiter ex *ordinatione processus Lusatiae*, a Matthia imperatore anno 1611. confirmata, ubique perspicuum est, processum saxonicum in causis privatis etiam plerumque attendi, et ad jura saxonica provocari, quemadmodum in *art.* 17. dicitur: *Dieweil zu Beweisung obbestimter Frist die 6. Wochen und 3. Tage vermoge der Saechsischen Rechte und darauff eingeführten Gerichts Brauch, terminus peremptorius ist*: ex quo apparet, jus saxonicum etiam sub regibus Bohemiae illibatum in Lusatia servatum fuisse, uti etiam capite antecedente observavi.

§. 3. Equidem alias *jus feudale longobardicum* pro regula et jure communi supponi solet, praesertim in feudis Germaniae, sed utrum hoc ipsum in Lusatia nostra pro regula poni debeat, vel inde dubito, quod serius, et quidem eo tempore jus longobardicum invaluerit in terris Germaniae, ubi jamdudum jura feudalia saxonica in Lusatia vigebant, cum demum sub initium seculi XV. jus longobardicum receptum legatur, Conring. *de orig. jur. germ. c.* 32. Dn. Hertius *de consultat. ll. judic.* §. 14. et quamvis aliae terrae a patriis moribus, hoc introducto, recesserint, ipsa tamen Lusatia juribus pristinis tenaciter inhaesit, exemplo Silesiae vicinae, quae jura longobardica constanter repudiavit, servato jure feudali saxonico, vid. dn. Praes. *disp. de feud. ducat. siles. sect. 1. c. 2. §. 4.* Docet quoque id diversa feudorum lusaticorum natura ut hinc ex jure longobardico haud aestimari possint, uti ex inferius dicendis patebit. Caeterum, cum in plurimis jus saxonicum et longobardicum feudale conveniant, dubium non est, quin eatenus, *illustrationis gratia*, ad longobardicum quoque provocari possit. Imo quemadmodum in Saxonia, si casus ex jure saxonico decidi nequeat, ad longobardicum *in subsidium* recurritur, ita quin idem in Lusatia fieri debeat, non dubito. Ast hoc modo in paucissimis jus longobardicum obtinebit, nec eatenus pro *regula* supponi potest.

§. 4. Ex hisce nunc suppositis concludo, feuda Lusatiae superioris esse *feuda impropria*. Quemadmodum [illegible] *feudum proprium* dicitur, quod communi et regulari feudi jure censetur. Anton. *jur. feud. disp.* 1. §. 2. ita improprium dicitur, quod a communi, seu regulari feudi jure recedit, 1. *feud.* 1. *c.* 1. §. *fin.* Anton. *cit. l.* vel ut Schrader *de feud. p.* 2. *c.* 3. *n.* 1. *seq.* ait, cujus naturalibus in aliquo per pactum, statutum vel consuetudinem derogatum est. Jam satis constat, et paulo post penitius explicandum est, recedere feuda Lusatiae in plurimis a regulari feudi jure saxonico per constitutionem tum Maximiliani, tum ordinationem feudalem, et ita pro *impropriis* intuitu juris feudalis saxonici, quod regulam constituit, merito haberi debere. Et cum ita per constitutiones speciales derogatum sit generaliter naturalibus feudorum lusaticorum, firma inde et constans nascitur praesumptio, *omnia feuda Lusatiae superioris in dubio tamdiu praesumi impropria, donec contrarium probetur*. Equidem alias constat, feuda in dubio magis praesumi propria quam impropria, cum naturalia semper inesse praesumantur. Dn. Praes. *exam. jur. feudal. c.* 3. *qu.* 6. Rosenthal. *de feud. c.* 2. *conclus.* 54. Menoch. *l.* 3. *praes.* 95. *n.* 1. Sousbec. *de feud. p.* 4. *n.* 2. Struv. *syntagm. jur. feudal. c.* 16. *th.* 13. *n.* 3. haec praesumptio tamen toties cessat, quoties feuda impropriam naturam generaliter acceperunt ex ipsa legis vel constitutionis provincialis, aut etiam consuetudinis dispositione. Ant. *jur. feud. c.* 1. *th.* 7. *lit. c.* id quod de feudis Lusatiae superioris liquidum expeditumque est. Qui itaque feudum aliquod proprium esse dicit in Lusatia superiori, ille hoc probare debet. Posse enim talia feuda ibidem dari, constat ex ipsa *ordin. feud. lus.* adjecta *corpori juris saxonici*, ubi *p.* 82. expresse excipiuntur a dispositione illa generali casus certi, in quibus feuda Lusatiae regularem naturam, quae in *non alienando* consistit, retinuerunt, *jedoch dass denenjenigen, welche mit alten special Belehnungen versehen, und vermoge derselben und alten observantz, weilen alle und jede Mitbelehnte ohne Consens keine freye Macht und Gewalt die Lehn Güter zu alieniren und zu verwenden haben, wie denn auch denen, so sich etwa durch sonderliche Pacta derohalben verglichen, durch diese Verordnung nichts praejudiciret, sondern dieselbe bey ihren habenden Rechten de non alienando billig gelassen werden sollen.* Qui itaque in Lusatia provocat ad regularem feudorum naturam contra ordinationem feudalem, ille se vel in *pacto*, vel in *speciali* qualitate, sub qua ad *simultaneum* inve-

stituram admissus est, fundare debet, et quia utrumque in facto consistit, merito hoc ab allegante probandum est.

§. 5. Utut vero feuda haec *degenerantia* sint, *feuda* tamen adhuc manent, neque enim essentialia tolluntur aut mutantur, sed, his salvis, naturalibus tantum derogatum esse, post patebit. Unde adhuc haec feuda lusatica ab *allodio*, quod etiam ibidem deprehenditur, differunt. Praecavere hoc voluisse videtur serenissimus legislator *in ordin. feud. lus.* ubi aliquoties hoc monitum legimus, veluti *p.* 81. *Dadurch denn denen Lehen Gütern die Natur, Art und Eigenschafft nicht benommen, noch dieselbe zu Erbe gemacht: et p.* 83. *dass dergestalt die Natur der Lehn-Güter umbgekehret, und aus denselben allodial- und Erb-Güter in effectu würden gemachet werden*. Equidem participant quaedam de natura allodialium, maxime, si facultatem alienandi intuemur, sed tamen nec haec omnino libera est, et in aliis feudi naturam adhuc retinent.

§. 6. Cum itaque nullum jus singulare sit ad consequentiam trahendum, sed potius stricte interpretandum *l.* 14. *ff. de ll.* et in dubio potius regulae inhaerendum sit, hinc quoque improprietas, quae in feudis Lusatiae superioris deprehenditur, ultra limites praescriptos extendi nequit. Hoc enim in quibuscumque feudis impropriis attendendum, ut in caeteris omnibus juxta propriam feudorum naturam judicari debeant, exceptis solum iis, quae consuetudine vel statuto aliter determinata sunt. Rosenthal. *de feud. c.* 2. *conel.* 54. Schrader. *de feud. p.* 2. *c.* 4. *n.* 43. Roland a Valle. *cons.* 2. *n.* 135. ut tamen simul ea, quae ex irregularitate illa sequuntur, per necessariam consequentiam comprehensa censeantur. Schrader. *cit. l. n.* 77. Dico per *necessariam consequentiam*, si enim consequentiae necessitas in dubium vocatur, aliud dicendum. Ex hoc fundamento circa feuda Lusatiae superioris plura in dubium vocata fuere. Concesserat Maximilianus potestatem alienandi, inde inferebant, ergo permissum quoque esse, de tali feudo testamentum condere, quam consequentiam quidem dd. approbant, Menoch. *cons.* 61. *n.* 7. Surd. *lib.* 3. *cons.* 305. *n.* 34 quidam reprobant, Schrader. *cons.* 1. *n.* 266. Dn. Hornius *de jur. feud. c.* 14. §. 4. Inde necessum fuit per authenticam interpretationem hoc declarare, et quia consequentiae necessitas non satis clara et evidens erat, declaratum fuit, testamenti factionem haud comprehendi sub alienandi facultate Lusatis concessa. Sic etiam ex feudi alienabilitate non fluit necessario successio filiarum; ergo quoque *in ordin. lusat. p.* 81. expresse filiae a successione exclusae fuere, cum feudum in certo casu improprium, in reliquis naturam feudi propriam retinet.

§. 7. Pergo jam ad ipsa jura singularia feudorum Lusatiae superioris. Primarium et principale jus singulare, quod in eis occurrit, est *libera facultas feuda lusatica alienandi*, quae juri communi feudali tam saxonico, quam longobardico repugnat. Cum enim non plena proprietas in vassallum transferatur, sed utile tantum dominium, et praeterea domini intersit propter fidelitatem ipsi praestitam, ne, se invito, alius vassallus substituatur, ne dicam, agnatorum et simultanee investitorum jus, quod a primo acquirente habent, ita laedi, alienatio utique pugnare videtur cum ipsa feudorum natura. Atque huc tendit constitutio Conradi et Friderici de prohibita feudi alienatione, 2. *f.* 40. et 2. *f.* 55. et juris antiqui saxonici feudalis dispositio *c.* 8. quod etiam repetitum in *p.* 2. *constitut. elect.* 48. Quod in tantum verum est, ut nequidem novum feudum sine domini consensu alienare permissum sit. Schrader. *de feud. p.* 8. *c.* 1. *n.* 5. licet vel maxime oblatum sit, Nic. Burgund. *ad consuet. flandr. tr.* 4. *n.* 13. *seq.* dn. Hert. *de feud. obl.* 2. §. 41. Quamvis alias in feudis, oblatis major libertas vassallis competere videatur. Imo ne tunc quidem permittitur, quando vel maxime tali alienatione domini conditio melior redderetur, Schrader. *cit. l. n.* 49. neque enim vassallus de eo judicare potest, an et quatenus hoc utile esse possit. Ex quo de jure communi variae conclusiones oriuntur, veluti quod non possit in emphyteusin dare, permutare, alteri pignori dare, nequidem vendere ob necessitatem aeris alieni, in solutum dare, in dotem dare, quippe quibus titulis feudum alienatur, de qua materia ex professo agit Schrader. *de feud. p.* 8. *c.* 1. et dn. Thomasius *diss. de prohibita feud. alienatione*. Quodsi ergo *illicite* alienatio facta est, vassallus feudo privatur, et de jure saxonico revertitur statim ad agnatos simultanee investitos, vid. *part.* 2. *constit.* 48. sed de jure longobardico revertitur ad dominum, quamdiu ipse alienans et posteri vivunt, quia *dominum contemnere videtur*, ut dicitur 2 *fe. d.* 24. *in f.*

§. 8. Sed feudorum lusaticorum diversa est natura et ratio. Et quidem primo ex privilegio Ferdinandeo de anno 1544. alienatio vassallis permissa fuit in certis casibus et sub certis conditionibus, uti verba privilegii docent: *Wo sichs begebe und zutrüge, dass einer von Herren, Ritter Stands oder Adel dermassen mit Schulden beladen, und gleichwohl keine Mannliche Erben haette, dadurch er mit Beschwerligkeit seine Güter erhalten könte, und da er die zu verkauffen willens, soll derselbe solches unsern jetzigen und kunfftigen Land Vogt in Ober Lausitz erstlich anzeigen, alsdenn der Land Vogt der Orth sich des Handels erkundigen, denselben, so die Anzeigung thut, über einen Monath nicht auffhalten, sondern, so es sich dermassen grundlich befunden, und dass solche Schulden nicht vorsetzlich, noch eigenwillig gemachet oder beschehen, oder der, welcher aus Beweisen gnugsam darthun, Güter zu verkauffen, also verursachet, gestatten und zulassen, dass derselbe seine Güter unverhindert verkauffen soll und mag.* Hic quidem alienatio concessa est in casu aeris alieni, sine culpa vassali contracti, sed tamen et hoc jam recedit a communi et ordinaria feudorum natura, quoniam de jure communi nequidem propter necessitatem famis, aeris alieni, vel similem, alienatio fieri potest, Schrader. *de feudis. p.* 8. *c.* 1. *n.* 20. adeo, ut nequidem interveniente auctoritate judicis alienatio facta subsistat. Matth. de Afflict. *ad constit. neapol. lib.* 1. *rub.* 97. *n.* 10.

§. 9. Verum postea anno 1575. accessit novum privilegium Maximiliani II. quod jus pinguius vassallis *Lusatiae superioris* concessit, quia ibi vassallis, qui nec liberos masculos, nec simultanee investitos habent, indultum est, ut feudum ad agnatos usque ad septimum gradum quidem devolvi debeat, sed hac addita clausula: *und doch ein jeder für den andern ungehindert mit seinem Guthe frey zu thun und lassen soll.*

kommene Macht und Gewalt haben soll und möge. Cum vero quaedam dubia circa hanc clausulam inciderent, uti apparet ex prooem. *ordin. feudal. de anno* 1653. *p.* 79. ubi hoc jus singulare vocatur, *die freye ausgesetzte disposition mit denen Lehn-Güthern*, declaratio certa et perspicua eidem accessit. Unde apparet hoc novo privilegio jus pinguius concessum esse. Nam in Ferdinandi constitutione alienatio restricta erat ad casum aeris alieni, sed Maximilianus, in casu deficientium haeredum masculinorum, liberam alienationem, etiam extra casum necessitatis aeris alieni, vasallis Lusatiae dedit.

§. 10. Requiritur autem in tali alienatione (1) ut alienans non habeat masculos haeredes, aut simultanea investitura specialim comprehensos agnatos, *welche nicht ehelich gebohrne maennlich Leibes Lehns Erben hinter sich verlassen, und nicht mit besondern privilegien der gesamten Hand weiter mehr und mehr befreyet*, ut dicitur in privilegio Maximiliani. Dantur enim simultanee investiti duplici generis (1) qui simultaneam investituram ex *pacto speciali*, secundum jus commune saxonicum, acceperunt, (11.) qui absque speciali simultanea investitura ex privilegio Maximiliani, *jure agnationis*, usque ad septimum gradum, successionem acceperunt, et vocatur *die allgemeine habende gesamte Hand*, quia in genere omnibus agnatis sine ulla speciali investitura competit usque ad praedictum gradum. His quidem praejudicari potest per talem alienationem, sed non aeque illis. De his expresse disponitur *in ordin. feud. p.* 81. *Ob gleich denen Agnaten das jus succedendi auff solche Maas eingeraeumet wird, doch dem Besitzer desselben ungehindert mit seinen Gühtern zu thun, zu lassen frey und bevor stehen solle*, et paucis interjectis: *Dass der naechsten Agnaten Consens (wie sonsten unter Mitbelehnten braeuchlich) nicht vonnöthen, noch sich des juris prohibendi, redimendi oder revocandi anzumassen*, et p. 82. *wodurch aber die Agnaten als Mitbelehnte und in der gesamten Hand begriffen, kein Recht an ermeldten Gütern zu Abwendung der alienation erlanget, sondern demselbigen so wol, als gemeinen Reichs und Landüblichen Rechten, auff ein helliges Begehren der Staende, dissfalls derogiret worden.* Deinde specialius subjicitur: *dass dieser allgemeinen privilegirten gesamten Hande ungeachtet, ein jeder Besitzer, vor den andern Mitbelehnten Agnaten und Schwertmagen ungehindert sein Lehn Gut per actus inter vivos alieniren und verausern Fug und Macht haben solle.*

§. 11. Aliud dicendum est de iis, qui *speciali simultanea investitura*, qualis in Saxonia in collateralibus, quoad effectum succedendi, necessaria est, muniti sunt, nam *in ordin. feudal. lusat. p.* 82. *in f.* expresse excipitur ab alienatione hic casus: *jedoch dass denjenigen, welche mit allen special Belehnungen versehen, und vermöge derselben und alten observantz, weilen allen und jeden Mitbelehnten ohne consens keine freye Macht und Gewalt die Lehn-Güther zu alieniren und zu verwenden haben, durch diese neue Verordnung nichts praejüdiciret, sonderne dieselbe bey ihren habenden Rechten de non alienando, billig gelassen werden sollen.* Cum enim haec simultanea investitura specialis tribuat jus in ipsum feudum, vi cujus, mortuo possessore sine liberis, propria auctoritate possessionem simultanee investitus apprehendere potest, mod. Pistoris *p.* 2. *qu.* 95. *n.* 11. Carpz. *lib.* 6. *resp.* 115. iniquum fuisse, si his jus sua alienando auferretur.

§. 12. Ut vero haec observatio eo magis perspicua reddatur, de *natura simultaneae investiturae* quaedam praelibanda sunt. Constat autem ex prima feudorum indole, quod primis temporibus successio feudalis ne quidem obtinuerit, et tractu temporis demum ad filios et nepotes, constitutione Conradi salici, anno 1027 permissa fuerit, quo factum, ut agnatis nulla successio in feudis competeret. Quamvis vero subinde in Italia ex conniventia caesarum paulatim recessum a hoc jure antiquo, et agnatis, qui sanguinem a primo acquirente trahunt, jus successionis concessum fuerit, 1. *f.* 1. in Germania tamen pristinum jus stricte observatum fuisse constat, quemadmodum id ipsum quoque in jure feudali saxonico adhuc clare exprimitur. Sic *c.* 6. expresse dicitur: *Welcher Mann keinen Sohn hat, der erbet die Gewehr des Guths an seinen Herrn*, i. e. feudum ad dominum devolvitur, et in *c.* 21. *Es vererbet niemand kein Lehn, denn allein der Vater auff den Sohn.* Expresse autem collaterales excluduntur in *c.* 32. his verbis: *Man mag viel Brüdern ein Guth leihen, ob sie es mit gesamter Hand empfahen, und gleiche Gewehr daran haben. Wollen sie sich aber darnach scheiden mit dem Guth, sie mögen es wohl theilen unter sich, ohne des Herrn Willen, wie sie wollen. Wenn sie sich aber theilen, so hat ihr keiner kein Recht mehr an des andern Theil, ob der ander stirbt.* Idem confirmatum legitur in *jure alem. feud. c.* 63. §. 2. uti plenius docet Schilter. *de investit. princip. imper. simult. c.* 2. Cum itaque ex hactenus deductis constet, *ipso jure* feudali agnatos collaterales haud admitti ad successionem, alio opus fuit medio, ut successionem, impetrarent, *facto* scilicet vel *investitura speciali*, ut, quemadmodum per illam feudum acquiritur, ita quoque agnati hac simultanea investitura, possessore liberis destituto defuncto, feudum acquirerent. Unde succedere dicuntur agnati in Saxonia, *nicht aus angebohrner Sipschafft, sondern aus Macht des Gedinges.* Atque haec restrictio additur in cit. *cap.* 32. *jur. feudal. Saxon. Ihm sey denn anderweit das Geding und die Anwartung daran gelichen.* Neque vero haec successio per simultaneam investituram tantum obtinuit apud Saxones, sed etiam per totam Germaniam, et ita quoque in quibusdam locis extra Saxoniam adhuc retenta est, uti testatur Schilt. *cit. l.* Quod vero in plurimis extra Saxoniam locis haec postea omissa sit, juri longobardico adscribendum, cujus usus postea invaluit, et jura pristina suppressit.

§. 13. Sic itaque dubitandum non est, ab initio quoque usum simultanee investiturae in Lusatia receptum fuisse, cum jus feudale saxonicum ibidem unice valuerit, uti *c* 1. vidimus. Verum, postquam paulatim hoc omitti coeperit, per privilegium Maximiliani huic rei provisum est, ut tamen *simultanea investitura specialis* non in totum excluderetur, cujus usus in quibusdam feudis adhuc retentus, et *nova ordinat. feudali* confirmatus fuit. Quemadmodum itaque haec investitura jus aliquod in re investito tribuit. dn. Horn. *in jurisp. feudal. c.* 12. §. 30 ita quoque in Lusatia superiori eumdem effectum habere debet, quod jus alienando simultanee investitis auferri nequit. Quodsi ita-

que alienatio, simultanee investitis non consentientibus, facta est, secundum jus commune desuper judicandum erit. Videlicet *in p. 2. constit. elect. 48.* distinguitur, utrum *licite*, hoc est, consensu domini feudi, an vero *illicite*, sine ejus consensu alienatio facta sit. Hoc casu simultanee investitus, vivente adhuc alienatore, statim admittitur, illo vero, tunc demum, si alienator ejusque descendentes mortui fuerint. Conf. Carpz. *p. 2. c. 48. def. 13. et 14.*

§. 14. Quid vero dicendum, si dominus feudi in alienationem consensit, sed emptor feudi, seu novus vassallus, sine liberis decedat, vivente adhuc alienatore vel ejus liberis, an tunc feudum ad dominum, an vero simultanee investitos revertatur? Quaestio haec in utramque partem disputari potest; pro domino facit, quod hoc feudum alienatum, respectu emptoris *certo modo et respectu*, factum fuerit novum, Rosenthal. *de feud. c. 5. qu. 52. n. 3. seqq.* Schrader *de feud. p. 2. c. 3. n. 59.* et praeterea ex predicta constitutione appareat; quod simultanee investiti, alienatore demum mortuo, feudi successionem habere possint 2. *f.* 26. §. *Titius.* 2. *f.* 39. Pro simultanee investitis tamen aeque praegnantes rationes ex jure feudali communi allegari possunt; nam constat, feudum illicite alienatum statim devolvi ad simultanee investitos, Berlich. *p. 2. concl. 59. n. 23.* ex quo firmiter concludi posse videtur, etiam in casu feudi licite alienati feudum statim reverti debere ad simultanee investitos, novo vassallo mortuo. Si enim agnati praeferuntur domino in revocatione feudi illicite alienati, multo magis ei praeferendi videntur, ubi dominus consensum in alienationem dedit, et ita juri suo renunciavit. Neque enim allegata constitutio electoralis de hoc casu loquitur, sed hanc singularem circumstantiam praesupponit, si feudum adhuc penes emptorem novum sit, quod tunc demum alienatore mortuo sine liberis, a novo emptore revocari queat: verum si emptor non amplius feudum teneat, si hic sine liberis decedit, non potest reverti ad alienatorem, qui jus omne amisit, nec ad dominum, qui consentiendo in feudum jus suum remittere videtur, et praeterea etiam excluditur, si illicite absque ejus consensu alienatio facta fuerit.

§. 15. Ut tamen simultanee investiti in casu praedicto jus revocandi alienationem consequantur, requiritur, *ut* (*a*) *simultanee investitus investituram a domino acceperit*, et quidem (*b*) *consentiente et simul petente possessore feudi.* Nam si eo inscio investituram impetravit, possessori adhuc integrum est, pro lubitu feudum alienare, cum, respectu possessoris, simultanee investitus nullum jus contradicendi obtinuerit. Hartm. Pistor. *obs. 41. n. 14.* debet enim quasi quaedam societas esse inter simultanee investitos succedendi gratia. Modest. Pistor. *p. 3. qu. 159* Carpzov. *lib. 6. resp. 76. n. 11.* et sic utriusque consensus et factum accedere debet; similiter, si realis investitura non accessit, sed nuda promissio seu expectativa, alienatio non impeditur Et hoc est, quod dd. ajunt, *feudum novum licite alienari per acquirentem, quantumvis etiam filii, vel reliqui cum eo investiti consensum suum alienationi non accomodaverint*, ut loquitur Hartm. Pistor. *cit. l. n. 3.* quod non de reali investitura intelligendum, sed ubi saltem in prima investitura a primo acquirente in casum mortis quidam simul assumpti et in literis investiturae nominati sunt, conf. Thoming. *decis. 29. n. 2. seqq.* Nec hoc in Lusatia superiori ullibi restrictum aut prohibitum est, quin potius, cum tantum casus *realis simultaneae investiturae* exceptus sit, manet regula de alienandi facultate etiam quoad hunc casum firma, donec haec exceptio probetur. Illustratur hoc ipsum ex responso illustris facultatis jurid. Wittenberg. in casu quodam, ubi realis investitura deficiebat, et nuda recognitio de admittendo expectativario in casum mortis vassalli possessoris data erat, quod illustrationis gratia inserere placet: *Hat derselbe in verwichenen 1702 ten jahre ein gewisses Lehn-Guth, im Marggraffthum Ober Lausitz, Oerdtemansdorff genannt, erkaufft, und weil er weder Maennliche Leibes-Lehens-Erben, noch Agnaten gehabt, sich zu dem Ende, damit die freye disposition darüber, unter dem Vorwandt, als ob das Guth auff dem Falle stünde, nicht umschrencket werden möchte, bey der Lehens Suchung dahin erklaeret, dass er Hanssen Caspar von Uchtritz mit ins Lehn nehmen wollen, und dass derselbe bey der Lehns Reichung zur Mitbelehnschafft admittiret werde, zu frieden sey, worauff auch dieser um die Bekaentniss solcher Mitbelehnschafft angehalten, und endlich am 19. septembr. des gedachten 1702 ten jahres dero Lehn Brieffe, die Clausul, dass nach desselben und seiner Maennlichen Leibes-Erben Abgange, der von Uchtritz, und seine Maennliche Leibes Lehns-Erben, solch Guth, samt allen und jeden pertinentien, haben solle, inseriret worden; est ist aber nach der Zeit der von Uchtritz, mit Hinterlassung eines unmündigen Sohnes, verstorben, und derselbe anjetzo das Gut Oerdtmannsdorff an Wolff Heinrich von Lüttichau zu verkauffen gemeynet, darwider des Unmundigen von Uchtritz Vormündere, besage der Beylage sub. E. F. G. sich moviret, und gegen die Alienation unterschiedlich protestiret, dannenhero derselbige, ob durch die von ihme beschehene denomination sub B. und oben angeführte Worte des Lehen Briefes sub D. der von Uchtritz nach denen Saechsischen Rechten die gesamte Hand bestaendig erlanget, zuwissen begehret, nac mehreren Inhalt des uns zugeschickten Berichts und deres Beylagen. Wenn nun gleich von des von Uchtritz Vormunden eingewendet werden möchte, dass ihrer Pflegbefohlenen Vater allerdings das Recht der Saechsischen Mitbelehnschafft wurcklich erlanget, inmassen nicht allein derselbe intra annum gebührende offeriret worden, sondern er auch selbst, dass ihm selbige bekennet werden möchte, angehalten, und darauff, dass die vorgedachte clausul dem Lehen-Briefe inseriret worden, erhalten, dannenhero, da des domini directi, des vassalli und des simultanee investiti consensus allerseits vorhunden, an deren validitaet der erlangten Mitbelehntchafft nicht zu zweiffeln, selbige auch nicht pro investitura simultanea juris communis, sondern Saxonici zu halten sey, weilen der von Uchtritz in der Beylage sub C sich ausdrucklich auff die Saechsische Rechte bezogen, auch das jus offerendi simultanee investito denen Saechsis. Rechten gemaess exerciret worden; Dennoch aber und dieweil, vermöge der Churfürstl. Saechsischen Rechte dass jus simultaneae investiturae, dadurch, dass auff des vassalli Ansuchen jemand in denen literis investiturae de*

novo exprimiret worden, bevor er die gesamte Hand wurcklich gesuchet, und sich damit belehnen lassen, nicht erlanget wird, Torgauisch. Ausschreib. de an. 1583. Tit. Welcher gestalt die Agnaten. §. jedoch. vers. denn sonsten: Welches nach der meistein Rechts Lehrer Meynung dahin erklaeret wird, quod antequam actualis investitura accesserit, et juramentum fidelitatis praestitum fuerit, pro simultanee investito quis haberi non possit, secundum communem sententiam, Carpz. *l.* 6. *resp.* 76. *n.* 8. *seqq.* Nicol. *resp. pr.* 12. *n.* 57. Struv. *s. i. f.* c. 9. *aph.* 14. *n.* 4. dn. Lyncker. *cent.* 8. *dec.* 412. *Der von Uchtritz hingegen, weder actualiter die Lehns-Pflicht abgeleget, noch um die Belehnung, sondern nur nach der Beylage sub C. dass ihme solche bekennet werden möchte, angehalten, welches aber, dass es erfolget, nicht einmal aus dem Lehen-Brieffe sub D. zu erweisen,* cum nova expressio in literis investiturae vim actualis investiturae simultanese non habeat. *a. dict. §. des Torgauisch. Ausschreib. So erscheinet daraus allenthalben so viel, dass der von Uchtritz durch die beschehene denomination sub B. und die angeführten Worte des Lehen Brieffes, die gesamte Hand nach Saechischen Rechten nicht bestaendig erhalten habe, vor eins: Auff die andere Frage sprechen wir vor Recht. Will derselbe berichtet seyn, ob die Mitbelehnschafft des von Uchtritz, wenn solche schon nach Saechsischen Rechten bestaendig, von der Würckung sey, dass dahero der Verkauff des Gutes Ordtmannsdorff gehindert, auch solches mit der Zeit ohne Entgeld retrahiret werden könne? Ob nun wohl an dem, dass nach Sachsen Recht ohne der Mitbelehnten Consens ein Lehn-Gut valide nicht veralieniret werden könne, und dem Mitbelehnten auch das jur retractus, daferne sie nicht in die Vereuserung consentiret, allerdings zustehe, hiernechst eingewendet werden möchte, dass, wenn gleich die Mitbelehnschafft ante investituram actualem et praestitum homagium respectu domini directi, nicht zur Würchligkeit gelanget, selbige doch intuitu vassalli, qui simultanee investitum obtulit, vor bestaendig zu achten sey. Dieweil aber dennoch in denen oben angeführten §§. des Torgauischen Ausschreibens deutlich enthalten, dass die Mitbelehnten, wenn sie gleich dem Lehn-Brieffe bereits mit inseriret, dennoch bevor die würckliche Belehnung geschehen, den Verkauff der Ritter-Güter zu fechten und zu hindern nicht befugt seyn sollen, mithin hierdurch derselbige in so weit, auch respectu vassalli vorher, pro simultanee investitis nicht zu halten. So ist der von Uchtriz auch die Alienation des Gutes Ordtmannsdorff zu verhindern, oder daran dereinst das jus retractus zu exerciren nicht befugt.*

§. 16. Reservatum tamen hoc in casu est jus protimiseos illis agnatis, qui ex privilegio Maximiliani usque ad septimum gradum jus succedendi impetrarunt, uti disertis verbis cautum legitur *in ordin. feud. p.* 82. *Dieweil aber in unserer confirmirten Lands und Amts-Ordnung gewisse Versehung wegen der Naeher Geltung und Vorkauffs des naechsten Agnaten in alienationibus judicialibus gethan, lassen wir es billig, so viel das jus protimiseos anbelanget, dabey verbleiben.* Nam *in ordin. provinciali de anno* 1583. *p.* 48. expresse cautum legitur: *In Versetzung und Verkauffung der Güter aller, sollen dieselbe denen Mitbelehnten gegönnet und vor andern gelassen werden.* Atque hoc jus retractus etiam juri communi conveniens est, et notales suos habet ex *jure consanguinitatis*, vi cujus proximis consanguineis, etiam in aliis bonis, hoc jus concessum. Rosenthal. *de feud. c.* 9. *concl.* 87. *n.* 2.

§. 17. Caeterum *in ordin. feudali Lusatiae superioris* idem jus protimiseos quoque agnatis concessum in *alienatione extrajudiciali*, nam ibi expresse dicitur: *So viel den Vorkauff, der ihme hiermit auch soll ausgesetzet und vorbehalten seyn, antrifft etc.* Sed intra certum tempus tamen restrictum est. Requiritur enim (1) ut agnatis feudum offeratur, (2) ut intra tres menses se declarent, quo non facto, postea jure suo uti nequeunt. Dicitur enim *cit. l. und wollen auch ferner gnaediget, umb Verhütung allerhand inconvenientien willen, in alienationibus extrajudicialibus, dem nechsten Agnaten, so viel den Vorkauff, der ihm hiermit auch soll ausgesetzet und vorbehalten seyn, antrifft, eine gewisse Zeit, als nemlich* 3. *Monath zur Loss sage oder zum Kauff des Lehens des Mitbelehnten designiret und beraumet haben. Und da er nach beschehener Antragung in solcher Frist bey den Verkauffern und Kaeuffern sich nicht angeben lassen würde, dass er nachmals in den Kauff zu treten nicht befugt seyn solle.* In hoc differt a jure communi, quippe secundum quod a die scientiae intra annum hoc jus exerceri potest. 2. *feud.* 26. §. *Titius.* quod quoque jure saxonico cautum est, hoc tamen sub distinctione, ut si irremotiorem agnatum vel simultanee investitum facta fuerit alienatio, tunc retractus jus exerceri debeat intra annos 31. et 6. septimanas, juxta *const. elect.* 50. *p.* 2. Postea tamen *in ordin. Torgau de anno* 1583. hoc correctum, et indistincte annus juri protimiseos praestitutus est. vid. Carpzov. *p.* 2. *c.* 80. *def.* 1. In subhastationibus quoque idem tempus reservatum est agnatis vel simultanee investitis, uti expresse dicitur: *in allewege aber soll nach erfolgter adjudication, es habe gleich der Creditor selbst oder ein ander licitiret, und dadurch die adjudication erlanget, dem debitori und seinen Mitbelehnten, Jahr und Tag zur Ablösung reserviret und frey gelassen seyn.* vid. *Ober Lausnitz Amts-und Gerichts-Ordnung p.* 18.

§. 18. Cum vero jus protimiseos sit duplex, videndum omnino, an utrumque hic quoque in *extrajudiciali alienatione* locum habeat? jus protimiseos enim *stricte dictum* tantum praebet jus, venditionem nondum factam impediendi, et alterum; ut mihi prius rem emendam offerat, compellendi. *Late vero dictum* tribuit facultatem venditionem impletam rescindendi et rem venditam et emptori traditam revocandi, vocaturque *jus retractus* stricte dictum dn. Praes. *exam. jur. feud. c.* 20. *qu.* 3. De jure protimiseos nullum dubium est, quippe quod in alienationibus extrajudicialibus conceptis verbis intra 3. menses indultum est. Sed de *jure retractus stricte dicto* gravius dubium incidit, an etiam agnatus proximior intra praedictum tempus rem ab emptore retrahere possit? rationes dubitandi colligi possunt ex ipsa *ordin. feudali p.* 82. ubi expresse tantum indulgetur *der Vorkauff* h. e. jus protimiseos, et subinde tantum fit mentio *oblationis*, *der Antragung*, quae itidem tantum in jure

protimiseos locum habet, et denique facultas tantum agnatis conceditur, *in den Kauff zu treten*, quod praesupponit rem adhuc integram, et nondum plene alienatam esse. Accedit, quod feuda Lusatiae sint alienabilia sua natura, et ita contra tertium possessorem nulla actio competere videatur. Verum enim vero, cum in *judicialibus alienationibus* jus retractus expresse indultum sit, uti §. *antec.* vidimus, et hoc ipsum quoque in *ordin feudali p* 82. diserte confirmatum, et praeterea extensum ad alienationes extrajudiciales, tantumque in tempore quaedam mutatio facta fuerit, verba non captanda, sed ex hisce circumstantiis judicandum esse existimo, idem observandum esse in extrajudiciali, quod in judiciali. Accedit, quod utrumque jus protimiseos in jure communi feudali fundatum sit, et ei quoque in Lusatia tamdiu stari debeat, donec expressa dispositio in contrarium occurrat.

§. 19. Quemadmodum vero hoc jus retractus potissimum in *agnatione* fundatum est, ita dubium non leve incidit, an idem etiam *extraneis*, qui investitura prima comprehensi non sunt, seu simultaneam realem investituram non acceperunt, dicendum sit? ratio dubitandi praegnans desumi posse videtur ex *ordin. provinc. de anno* 1582. *p.* 48. ubi generaliter dicitur: *In Versetzung und Verkauffung der Güther aller sollen dieselbe den Mitbelehnten gegönnet und vor andern gelassen werden.* Verum cum jus retractus potissimum agnatis concessum sit; haec verba commode ad agnatos restringi posse videntur. Quod ipsum dilucide explicatur in sequenti responso Witteberg. in casu, de quo in §. 15. mentio facta est.

Faellet Zweiffel vor, ob die Saechsische Mitbelehnschafft, daferne dieselbe sonst in Rechten bestaendig waere, auch in gegenwaertigen Faellen nur in dem Marggrafthum Ober-Lausitz, die veraeusserung verhindern, und das jus retractus den simultanee investitis geben könne. Wenn nun schon in der Churfürstl. Saechs. Lehns-Ordnung denen Agnaten auff gewisse masse das jus protimiseos zu exerciren nachgelassen, und hiernechst eingewendet werden möchte, ob könte das privilegium Maximiliani, welches von der gemeinen gesamten Hand zu verstehen, auff die specialem investituram simultaneam juris saxonici nicht gezogen werden; Dennoch aber ù. dieweil die Churfürstl. Saechs. Lehns-Ordnung als ein jus correctorium strictissime zu interpretiren, und also weder auff das jus retractus, noch auff die simultanee investitos in genere zu extendiren, hiernaechst in selbiger deutlich enthalten, dass der naechsten Agnaten consens, wie sonst bey Mitbelehnten noethig, zu alienation derer Lehn-Güther nicht erfodert werde, auch diese das jus prohibendi, redimendi, revocandi nicht exerciren solten, woraus nichts undeutlich zu schliessen, dass mans daselbst, und in dem privilegio Maximiliani, von denen Agnaten, so zugleich Mitbelehnte, verordnet, vielmehr auff diejenigen, so nur schlechter Dinges mitbelehnet, und keine Agnati sind, appliciret werden könne, zu geschweigen, dass in gegenwaertigem Falle, dem Angeben nach, die Mitbelehnschafft bloss in favorem vassalli gesuchet, und auff den Fall, da derselbe das Guth nach seinem Tode verliesse, restringiret worden. So erscheinet daraus so viel, dass wenn auch gleich des von Uchtritz Mitbelehnschafft bestaendig waere, und das jus retractus zu wege bringen könte, selbiges doch in dem Marggrafthun Ober-Lausitz in gegenwaertigen Fall nicht statt finden würde, alles von Rechtswegen, Uhrkundlich mit der Juristen Facultaet Insiegel besigelt.

Idem quoque Jcti Hallenses in praedicto casu censuerunt, cujus verba adscribere operae pretium erit:

Hat derselbe in dem Marggrafthum der Ober-Lausitz ein Lehn-Guth gekauffet, und einen seiner guten Freunde, Wéyland Hanssen Caspar von Uchtritz auff Ober-Linda, samt dessen Maennlichen Leibes-Erben in die Mitbelehnschafft genommen, und da derselbe jetzo vorhabens, ermeldtes Lehn-Guth wieder zu verkauffen, so moviren sich des vorgedachten Mitbelehnten seiner hinterlassenen Kinder ihre Vormünder dargegen, und praetendiren das jus protimiseos vor itzo, und nach dessen Todes-Fall das jus retractus. Wird dannenhero gefraget: ob die Praetendenten denen Rechten nach in einem oder dem andern dieser Ansprüche gegrundet seyn? oder nicht vielmehr keines von beyden ihnen zu statten kommen moege? Ob nun wohl scheinen moechte, dass die Mitbelehnten insgemein ein jus quaesitum an der Lehns-Folge haetten, welches ihnen facto alieno nicht genommen werden könte etc. Sande *de prohib. rer. alien. p.* 4. *c.* 2. §. 18. *nachgehends solches die Gewohnheiten zeugeten, nach welchen derjenige, so einen extraneum in die Mitbelehnschafft nimmet, insgemein sich wider solches Recht durch einen revers zu verwahren pfleget, welches ja nicht nothwendig waere, wenn die Rechte jenem nicht beydes zugeleget haetten.* Hornius *cap.* 12. §. 29. *p.* 326. *Endlich noch die Lausitzsche Lehns Ordnung selbsten denen Mitbelehnten Agnaten das jus protimiseos mit ausdrücklichen Worten vorbehalten in dem* §. *anlangende die* 2. *Clausul des privilegii. Welchemnach die Mitbelehnte das jus particulare et commune, und absonderlich auch noch letztens das Saechsische Lehn-Recht vor sich haetten, da denen Mitbelehnten das jus protimiseos et retractus frey gegeben waere, part.* 2. *constit. elect.* 48. Mencke *de feudo ex pacto cum simult. invest. ali.* §. 6. *p.* 804. *Welches Recht in der Ober Lausitz, cessantibus statutis provinciae particularibus, nicht weniger statt zu haben scheinet. Dieweil aber unter denen simultanee investitis ein grosser Unterscheid ist, indem einige jure agnatico, andere zwar als extranei, jedoch aber titulo oneroso, ferner andere durch die ordentliche gesamte Hand Mitbelehnschafft erlanget, andere aber in Gegentheile, als extranei, nullo eorum facto concurrente, bloss aus guten und freyen Willen des vassalli primi acquirentis, zu dem Ende mit in die Belehnung genommen werden, damit das Lehn, im Fall sie solches bis an ihr Ende behalten würden, nicht so fort dem Lehns-Herren wieder heimfallen, sondern auff den Mitbelehnten kommen möchte.* Koeppen *decis.* 47. *tot in welchem letztern casu, worinnen man hier versiret, dem vasallen allemal freybleibet, das erworbene Guth, ohne consens eines Mitbelehnten, nach eigenen Gefallen zu veraeusern,* Harim. Pistor. *lib.* 2. *quaest.* 20. *n.* 17. *seqq. woselbst er folgender Meynung ist:* qui de feudo novo ob propria merita fuerat investitus, alios simul investiri secum curavit, et tamen horum aliud factum nullum accessit, integrum ei ma-

net, de feudo isto pro lubitu disponere et simultanee investitos excludere; nam hoc casu nihil impedit, quo minus is, cujus gratia pactum fuerat adpositum, absque consensu alterius id revocare possit. *Welches Recht in einem feudo novo, auch selbsten wider die Mitbelehnten Agnatos zu gebrauchen, deren consensus der vassallus acquirens bey vorgenommenen Veraeuserungen gar nicht noethig hat.* Jul. Clar. *lib* 4. §. *feudum qu.* 41. *n.* 2. quamvis agnati ex tenore investiturae alias successuri essent. *Consil. Altorff.* 66. *n.* 25. *f.* 196. *Nachgehends dergleichen Mitbelehnschafft, da weder das vinculum agnationis, noch die gesamte Hand sich befindet, der donationi mortis causa gleichet, durch welche niemanden die Haende gebunden seyn, das Seinige zu veraeusern.* Hartm. Pistor. *lib.* 2. *qu.* 20. *n.* 21. *Uber dieses, nach denen Ober-Lausitzschen Lehn-Rechten, jedem vasallen ins besondere frey gelassen, ohne von seinen Mitbelehnten consens zu haben, sein Lehn nach Gefallen zu veraeusern, und ausser denen das jus protimiseos keinem andern Mitbelehnten freygegeben ist, verb. anlangend* 2. *die Clausul etc. ferner unter dem Namen der Agnaten oder Vettern, deren itzo Erwehnung gescheben, kein blosser Mitbelehnter, vielweniger aber ein extraneus mit verstanden werden mag, theils, weil dieses privilegium der ersten Eigenschafft der Lausitzschen Lehen schnur stracks entgegen lauffet, und solglich ultra personam expressam nicht extendiret werden kan; theils auch, weil auff solche Weise dem gemeinen Lehn-Recht derogiret worden, und mithin folgen müste, dass die Lausnitzsche Lehen, darüber die vasallen sonst freye Hand haben, in diesem Fall gebundener, als die beschwerlichsten Longobardischen Lehen selbsten waeren, angesehen bereits oben gedacht worden, dass in diesen das jus protimiseos in feudo novo keinen blossen Mitbelehnten zukomme, zu geschweigen, dass man nöthig haben solte, das jenige, was die gemeine und besondere Lehn-Rechte einem vasallen zu legen, erst durch einen Revers wider den andern zu verwahren, vielmehr, wenn solches irgend in dergleichen Faellen geschehen, selbiges pro re superflua zu achten ist, So halten wir dafür, dass des von Uchtritz, als Mitbelehnten, nachgelassenen Kindern, in dem veraeuserten Lehn-Guth, weder das jus protimiseos, noch aber retractus auff einige Weise zukommen möge: von Rechtswegen.*

§. 20. Non tantum vero jus protimiseos agnatis et simultanee investitis de jure communi conceditur, sed etiam domino feudi, ob favorem consolidationis, et quia aequum est, rem ad eum potius redire, a quo profecta est, et quia partem dominii habet, quam ad alium 2. *feud.* 9. §. *porro.* Dn. Hornius *in jurispr. feudali c.* 20. §. 10. Schrader. *de feud. lib.* 8. *c.* 3. Cum vero hac de re nihil conceptis verbis cautum sit *in jure feudali lusatico*, quaestio oritur, an jus protimiseos in Lusatia superiori quoque concessum sit domino feudi? Quod affirmandum censeo, et cum haec quaestio a Jctis Wittebergensibus in responso quodam, quod dn Hornius *in append.* 2. *n.* 16. *jurisprudentiae feudal.* adducit, clare et percipue sit decisa, loco rationum decidendi illud hic adducere placet, et licet de *Lusatia inferiori* tantum loquatur, rationes decidendi tamen aeque ad *Lusatiam superiorem* applicari possunt, uti ipse contextus docebit. Est autem responsum sequens:

Haben der Durchl. Fürstin Hochfürstl. Durchl. in auffgetragener Vormundschafft Dero unmündigen Herrn Sohns etc. auff erlangte Nachricht, dass der von N. zu W. dieses sein in dem N. N. gelegenes Gut zu veralieniren gemeinet, selbiges, weil es einem Cammer-Gute nahe gelegen, und zu solchen ehemals gehöret, zu erkauffen, und sich dissfals des dem Lehns-Herrn zustehenden Vorkauffs Recht zu gebrauchen, diese gnaedigste resolution auch dem von L. als sie, dass dieser mit dem von S. in Kauff Handel begriffen, in Erfahrung bracht, notificiren, und wider die vorhabende Handlung bey der Ober-Amts-Regierung des N. N. durch den Cammer-Procuratorn protestiren, so wohl inhibition an Kaeuffer und Verkaeuffer auswürcken lassen; Nachdem aber die contrahenten, als ob vor erhaltener notification und inhibition der contract mit des Mitbelhenten consens bereits geschlossen gewesen, und mittelst der tradition haentzlich vollzogen worden, vorwenden, obgedachtes Vorzug Recht auch aus unterschiedenen vorgeschützten nicht einraeumen wollen, will der Herr, ob in gegenwaertigen Fall dass dem Lehns-Herrn sonst zustehende jus protimiseos et retractus statt finde, and nurch rechtliche Ausführung zu erhalten, des Rechtens berichtet seyn. Wenn nun gleich nach Inhalt des privilegii Ferdinandi und des Ober-Amts instruction ein vasall in dem N. N. sein Lehn-Guth, so fern es nicht auff dem Fall stehet, an einen Innlaendischen ohne des Lehns Herrn consens zu veralieniren berechtiget, und dahero dass in dergleichen casu, da die alienation absque domini consensu geschehen kan, der Lehn Herr sich seines Vorkauffs-Recht gebrauchen könne, geschlossen werden will, in mehrerer Erwegung, dass eines theils die beneficia principum contra principem latissime zu interpretiren, und dahero obangezogenes privilegium Ferdinandinum auch auff die Auffhebung des Vorkauffs-Rechts um desto mehr zu ziehen, weil, wenn dieses statt finden solte, als ob hiedurch das gegebene Recht der freyen alienation wieder auffgehoben würde, es das Ansehen gewinnet, andern theils der Lehn Herr vi istius privilegii Ferdinandint in die alienation des Gutes W. gewilliget, quo casu, si dominus consensit alienationi, jus protimiseos cessat. Schrad. *tract. feud. p.* 8. *c.* 4. *n.* 29. *ibique allegati*: Hartm. Pistoris *l.* 2. *qu.* 12. *n.* 51. *Und einige Rechts-Gelehrte, dass insonderheit in dem Fall, da per statutum et sic etiam per privilegium die Freyheit, das Lehn ohne des Lehns Herrn Consens zu veraeussern nachgelassen, das jus protimiseos nicht statt finde, zu behaupten pflegen.* Schrad. *de feudis p.* 8. *c.* 3. *n.* 3. *Ferner der Mitbelehnte, welcher sonst dem Lehns-Herrn ratione des Vorkauffs zu praeferiren.* 2. *feud.* 9. §. *donare.* ibi: *vel redimendo potior etc.* Wesenbec. *p.* 2. *cons,* 73. *n.* 43. Schrader. *d. l. c.* 7. *n.* 29. Richter *decis.* 76. *n.* 98. *nicht nur in die alienation consentiret, sondern auch nach Inhalt des documents sub O. dem Kaeuffer alle seine jura und also auch sein Vorkauffs-Recht abgetretten, und dass dergleichen cession geschehen könne, der analogiae juris entgegen zu seyn scheinet,* cum in dubio omne jus cessibile praesumatur, si ad haeredes praesertim transitorium est. Brunnem. *de cess. act.* Atque licet jus protimiseos agna-

lis competens ob jus sanguinis cedi non possit, du. Stryck. *de success. ab intest. d.* 6. *c.* 2. *n.* 10. aliud tamen esse videtur in jure protimiseos ex simultanea investitura, et sic ex conventione competente, *arg.* eorum, quae habet Rosenthal. *c.* 9. *concl.* 92. *n.* 6. *Hierüber des Mitbelehnten Söhne verhanden, welche non obstante facto patris des juris protimiseos et retractus nach derer meisten Rechts-Lehrer Meynung sich bedienen können.* Rosenthal. *c.* 9. *concl.* 88. Struv. *syntagm. j. f. c.* 13. *aph.* 22. *Endlich das jus protimiseos proprie dictum nach geschlossenen u. vollkommenen Kauff keine statt findet,* du. Stryk. *exam. j. feud. c.* 20. *qu.* 3. *Denoch aber und dieweil dem Lehn Herrn das jus protimiseos und retractus unst reitig zustehet, solches auchnicht darinnen, dass in denen Lehn Rechten die alienatio feudi sine domini consensu nicht geschehen kan, sondern vielmehr in dominio directo, quod in omni feudo, etiam improprio, penes dominum remanet, et favore consolidationis gegründet, arg. l. f. c. de bon. emphyt.* 2. *f.* 9. §. *donare.* Wesenb. *p.* 2. *cons* 73. *n.* 41. Carpz. *p.* 2. *const.* 31. *d.* 67. *Also bey dieser Bewandtniss, wenn von der natura feudi communi, in so weit, dass der vasallus ohne des Lehn-Herrn consens das Lehn veraeusern mag, abgewichen worden, hieraus, dass auch die übrigen naturalia genendert, oder gar die essentialia auffgehoben, also auch das jus protimiseos et retractus domino competens, oder gar das dominium directum, aus welchen jenes herrühret, dem Lehn-Herrn entzogen worden, keines wegen folget*: feuda enim inpropria, exceptis illis, quorum intuitu impropria dicuntur, communem naturam feudorum retinent, nec alia naturalia, multo minus essentialia, quibus sine feudum concipi nequit, sublata censentur. Rosenthal. *de feudis c.* 2. *concl.* 54. Schrader. *p.* 2. *c.* 4. *in fin.* Struv. *synt. j. f. c.* 2. *th.* 6. *Ferner die ex l. fin. ff. de constit. princip. obangezogene Rechts Regul keinesweges dahin zu deuten, dass ein beneficium oder privilegium principis ultra ejus intentionem und auff solche Dinge, welche unter demjenigen, was concediret worden, gar nicht begriffen, zu erstrecken, c.* 7. *x. de privil. ubi* dd. Enenckel. *de privil. l.* 2. *c.* 4. *in gegenwaertigem Fall auch, wie sub concessa libera alienatione die renunciatio des Vorkauffs-Recht comprehendiret, nicht gesaget werden mag; Gestalt denn diese beyde Dinge pro separatis plane zu achten, und eines ohne das andere wohl bestehen kan; Inmassen auch in allodialibus die libera facultas alienandi domino competens das jus protimiseos, wo solches sonst statt findet, keinesweges aufhebet; im übrigen der Vorwand, dass das privilegium Ferdinandinum durch das jus protimiseos seinen effect gaentzlich verliere, von keiner Erheblichkeit sich erweiset, indem des Vorkaufft Rechtes ungeachtet, der vassallus sein Lehn-Guth irrequisito domini consensu, quod alias absque felonia fieri nequit.* 2 *f.* 55. 2. *f.* 24. *veraeusern kan, selbigen aber, wenn der Lehns Herr, so doch nicht allezeit geschichet, in dergleichen Kauff treten, und praestanda praestiren will, wenig daran gelegen, noch ihm hierdurch die libera alienandi potestas, vasallo competens, entzogen wird. Weiter, das privilegium Ferdinandinum nicht sowohl den Lehn-Herrlichen Consens zur alienation des Lehns ertheilt, als vielmehr die Freyheit, solches ohne Consens zu alieniren, verstattet. Wannenhero denn die obangezogene doctrin, de cessante jure protimiseos ob domini consensum, nichts zur Sache thun kan. Gestalt auch solche nur de consensu speciali in certam specificatam alienationem anzunehmen, und nicht einmal auff die Faelle, da in literis investiturae facultas data alienandi sine domini consensu, vel in genere consensus in alienatione praestitus zu ziehen.* Wesenb. *p.* 2. *consil.* 73. *n.* 45. *des Schraederi opinion auch, welcher, ob die facultas alienandi sive domini consensu statuto vel consuetudine concediret sey, einen Unterscheid machet, mit keiner zulaenglichen ratione differentiae unterstützet, also vielmehr derjenigen Meynung beyzupflichten, die in allen Faellen, da moribus, statuto vel privilegio potestas alienandi, irrequisito domini consensu, introduciret, das Vorkauff Recht dem Lehn Herrn zueignen,* Rosenth. *c.* 9. *concl.* 89. *n.* 4. *über dieses, was den Mitbelehnten betrifft, selbiger in die alienation des Guts W. nicht nur consentiret, und zu solchem Ende den Kauff-Brief unterschrieben, also sich damit seines Rechts begeben* 2. *f.* 5. §. 1. 2. *f.* 39. *c. Titius* 2. *feud.* 26. Struv. *c.* 13. *th.* 19. *sondern auch der gesamten Hand und dem Vorkauffs-Recht ausdrücklich renunciiret, dahero auch dem Kaeuffer, welcher ohne dem nicht zugleich vassallus, possessor und Mitbelehnter seyn kan, nichts ferner bringen mögen, auch, da gleich eine cessio juris protimiseos supponiret, und solche vor zulaenglich gehalten wird, dennoch selbige, dem anziehen nach, titulo oneroso venditionis geschehen, und also auch dissfalls dem Lehn-Herrn vor einem andern der Vorzug gebühret. Endlichen, was von des Mitbelehntens Söhnen angeführet wird, ad jus tertii gehöret, dahero weder Verkaeuffern noch Kaeuffern etwas angehet, und ob der Contract ante denunciationem geschlossen, auch consummiret gewesen, noch zur Zeit nicht dargethan, und da solches gleich geschehen, dennoch das jus retractus intra annum exerciret werden mag, c. Titius* 2. *f.* 26. 2. *f.* 9. Carpz. *p.* 2. *const.* 20. *d.* 1. *So erscheinet daraus allenthalben so viel, dass in gegenwaertiger Sache das jus protimiseos oder retractus, von Seiten des Lehn-Herrn, vermittelst rechtl. Processes, wohl ausgeführet und erhalten werden möge. V. R. W.*

§. 21. Quamvis vero in alienationibus feudorum lusaticorum domini feudi consensus non requiratur, consonum tamen est, ut ob jus protimiseos ipsi competens feudum ipsi offeratur, quo facto, si in alienationem consensit, jus protimiseos amittit du. Hornius *cit. l. c.* 20. §. 10. Carpz. *p.* 2. *c.* 32. *def.* 1.

§. 22. Sed pergo ad alterum requisitum, quod circa alienationem feudorum lusaticorum attendi debet, scil. *ut pactum de non alienando nullum intercesserit.* Huic enim pacto neutiquam praejudicatur *in ord. feud. p.* 82. sed expresse decidtur: *Wie denn auch dem, so sich etwa durch sonderliche pacta derhalben verglichen, durch diese neue Verordnung nichts praejudiciret, sondern dieselbe bey ihren habenden Rechte de non alienando billig gelassen werden sollen.* Quamvis enim alias communis doctrina sit, non valere pactum, ne dominus rem suam alienet. *l. jus. ff. de pact. l.* 15. *de servit. l.* 38. §. 17. *de v. o.* hoc tamen tunc potissimum locum habet, si paciscentis non intersit; caeterum, si inde utilitatem evidentem habeat, si interesse allegare queat, uti agnoti in feudis, nemo dubitabit, quin tale pactum valere debeat, *l.* 7. §. *f. de*

distract. pign. quamvis adhuc alii regulam priorem moribus sublatam ajant. vid. dn. Hert. *de pacto ne domin. rem. suam. alien.* §. 14.

§. 23. Quod si itaque hoc pactum adjectum est, alienatio quidem hactenus sine agnatorum consensu fieri nequit; ubi tamen semel facta est, non leve oritur dubium, an propterea translatio dominii impediatur et emptio nulla sit? Equidem communiter ex *l.* 7. §. *f. de distract. pign.* colligunt, tali pacto impediri dominii translationem, Mantica *de tacit. et ambig. conv. lib. II. tit.* 2. *n.* 14. Brunnem. 1. *dec.* 70. *et in comm. ad cit. l.* 7. dn. Hertius *cit. l.* §. 7. Verum, uti ipse dn. Hertius in §. 10. agnoscit, hoc quidem tunc recte asseritur, si paciscens jus *pignoris*, vel aliud *in re* habeat, virtute cujus contra tertium possessorem agere possit; ast *sola conventio de non alienando*, sine ullo jure in re, hanc efficaciam non habet, ut impedire possit translationem dominii in tertium b. f. possessorem, praesertim cum non appareat, qua actione paciscens contra tertium uti velit, cum personalis *ex pacto*, contra tertium non detur. Quodsi tamen pacto huic clausula *constituti possessori* esset adjecta, operaretur, ut remediis possessoriis contra tertium locus esse posset, Franzk. *lib.* 2. *resol.* 12. *n.* 40. Dn. Hertius *cit. l.* 13. Nec obstat quod *in jure feudal. Lusat.* dicatur, *sondern dieselbe bey ihren habenden Rechten, de non alienando, billig gelassen werden sollen*, quia ex his verbis non concludi potest, alienationem esse ipso jure nullam, quod tamen requireretur, si contra tertium agi deberet.

§. 24. Tertio necesse est, *ut si extrajudicialiter alienatio peragitur praefectis Lusatiae superioris hoc indicetur, doch solches die Aemter zu Verhütung allerhand Unordnung zu benachrichtigen, in ordin. feud. p.* 88. Domini feudi consensus non requiritur, uti de jure communi, et ideo hic non adeo requirendus, cum dominus feudi, alienationem generaliter per legem concedendo, censetur quoque generaliter, consensum ad omnem alienationem interposuisse. Hinc nuda *certioratio* sufficit ad praecavendas omnes fraudes, ne aliquid in praejudicium domini fiat, eique dominium suum directum intervertatur, quippe quod salvum et illibatum domino manere debet.

§. 25. Quemadmodum autem ex hactenus dictis patet, tunc demum, secundum Maximiliani privilegium, liberam facultatem alienandi competere, si adsunt agnati usque ad septimum gradum, ita quarto requiritur, *ut apertura feudi non immineat* quoad dominium feudi, *wenn das Lehn noch nicht auff dem Fall stehet*, alioquin enim ingens domino praejudicium fieret, si alienatio vassallo, ultimo possessori, concessa foret. Quando autem instare dicatur apertura feudi, nondum satis expeditum est. Hoc certum est, si deficiant liberi et simultanee investiti, cujuscunque generis, feudi aperturam praesentem esse, sed quid si adhuc duo, vel unus, ex simultanee investitis, usque ad septimum gradum, supersint, an hoc casu alienatio salva est? Id quidem existimo, quamdiu enim adhuc agnatus unus alterve superest, casus existit, quo alienatio vassallis concessa est, et licet hic quoque liberos non habeat, et ita apertura imminere videatur, attamen, quia sine ulla restrictione alienatio toties concessa est, quoties agnati usque ad septimum gradum adsunt, aperturam feudi imminere quoad effectum impediendi alienationem, dici nequit, nisi omnes agnati deficiant, et ultimus possessor vassallus supersit. Unde recte Treutler. *vol.* 1. *cons.* 32. *n.* 50. existimavit, adhuc salvam esse alienationem, si vel duo tantum ex agnatis supersint.

§. 26. Quod si tamen apertura immineat, tunc quidem alienatio regulariter non est permissa, interim tamen quandoque, in duobus scil. casibus, adhuc fieri potest. Nam aliud adhuc privilegium vassallis Lusatiae superioris concessum est ab imperatore Ferdinando, quod vocatur *der Vor Ritt*, vi cujus, etiam hoc casu, alienatio fieri potest. De hoc jure in privilegio Ferdinandeo ita disponitur: *Wo einer keine maennliche Leibes-Erben haette, und er jung, gesund und starck waere, dass er in seinem Küriss von der Erden auf ein Hengstmaessiges Pferd sitzen mag, wann er dasselbe vor dem Land-Vogt gezeiget soll er alsdenn auch Macht haben, seine Güter zu verkauffen, maennigliches unverhindert.* Idem jus postea confirmatum est *in ordin. feudal. p.* 83. his verbis: *Wir lassen aber hierüber das den Stoenden ertheilte privilegium, das Vor-Ritts, Ferdinandi I. sub dato d.* 21. *febr.* 1544. *wie dasselbe in seinen Clausuln, Puncten und Articuln begriffen, gaentzlich unbenommen, und wollen sie darüber unsern, ihnen gnaedigst ertheilten reversalien und confirmation derer privilegien insgesamt und sonders, gnaediglich schützen und erhalten.* Qui itaque hoc beneficium sollicitat, necesse habet aetatis suae virilumque specimen dare, quod ipsis *in solatium orbitatis, et virtutis militaris praemium*, singulariter concessum est. Hoc privilegio usos fuisse per illustrem Maximilianum lib. Bar. a Schellendorff et equitem suae gentis splendidissimum Warensdorffium testatur Schurtzfleisch. *diss. de Lusatia in f.*

§. 27. Sunt autem plura singularia notatu digna circa hanc solemnitatem observanda, quae ex actis publicis adduxit b. dn. Bornius *diss. de transmut. feud. in allod.* §. 25. quae, cum ad illustrationem praesentis materiae egregie faciant, in meos usus hic transferre e re erit. Cum enim alter ex praedictis duobus vassallis Lusatiae superioris ad hoc beneficium provocaret, monita quaedam a fiscali contra illud interposita fuerunt. *Dass das Kayserl. Privilegium de anno* 1544. *pro forma essentiali eines solchen Vor-Ritts erfordere,* (1.) *dass derjenige, so solchen Vor-Ritt thun will, aus wahrer Treu und Pflicht, damit er seinem Lehn-Herrn und Landes-Fürsten verbunden, die Zulassung solches Vorritts suche und begehre, per verba privilegii* §. *Und darum etc. ibi: Unterthaenige Liebe und Treue zu Uns, als regierende Könige zu Böheimb und Marggraffen zu Lausnitz, ihren natürlichen Erb-Herrn, unsern Erben und Nachkommen. Et in* §. *doch wollen wir etc. ibi: Uns an Lehen Dienstrn, Pflichten, unschaedlichen und unnachtheilig seyn etc.* (2.) *Dass derjenige, so solchen Vorritt thun will, eines mannhafftigen Alters sey, keiner Maennlichen Leibes-Lehens Erben in stehender Ehe erzeuget, auch nicht einige Hoffnung habe, einen solchen Maennlichen Leibes Lehns-Erben zu erzeugen., per verba privilegii: Desgleichen wo einer keinen Maennlichen Leibes-Erben haette, und so jung, gesund, und starck waere etc. quibus verbis aetas virilis*

perfecta cum aetate decrescente imbecilli et senectute, non vero aetas juvenilis, cum aetate virili comparatur. (3.) *Dass derjenige, so solchen Vorritt thun will, selbigen in einem* Küriss, *wie derselbe anno* 1544. *und vorhero, bey Adelichen Ritter-Leuten, in Heerzügen, vor den Landes-Fürsten, zu Beschutzung desselben, und seiner, des Ritters selbst eigener Person, braeuchlich und nöthig gewesen etc. vertichte. Nun erfordern aber gemeine Land-übliche Saechsische Rechte zu einem solchen* Küriss *nicht eine geringe, schlechte, leichte Rüstung, sondern eine gantz Schuss freye Rüstung, über des Ritters gantzen Leib; Nemlich, zum Haupt einen guten starcken Helm, einen dergleichen Hals-*Kragen, *ein schusstfrey Brust-und-Rückstück; an Armen, Schenckeln, Beinen, und Füssen, auch Haenden, gute starcke Rüstung, zusammt einem langen guten Pantzer-maessigen Schwerdt. Sachsen-Spiegel lib. 1. art. 22. ibique glossa Weichbild art. 25. Lex II. Ripuariorum tit. 36. ibi: Spatham cum Scoligo, brunias bonas, Helmum cum directo, Bainbergas bonas, Halsbergam bonam, Wantos bonos et manicas bonas.* Friderieus Lindenbrogius *in glossario legum antiquarum verb. Bainbegae, Brunea, Wanti etc. Und dannenhero wird auch noch bey Leich-Bestaettigungen Adelicher Ritter Personen denselben vorgetragen ein solcher Helm und Handschuh, und muss auch zum Heer-Geraethe biss dato noch gegeben werden, nicht ein schlechtes, sondern der beste Harnisch.* (4.) *Item, es wird pro forma essentiali eines solchen Vorritts erfordert, dass zum Vorreiten gebraucht werde ein Hengstmaessiges Pferd, von den alten Francken und Sachsen genennet Waranio, item Waranio Regis, welches von dem Ritters-Mann in Heerzügen zu des* Königes *Dienst gebraucht worden. Lex Salica tit. 40. §. 2. 4. Heut zu Tage wird ein solcher Caballus, oder Waranio regis, genennet, ein guter starcker Hengst und Feindmüthiges Ross oder Hengst, wenn solches mit einem, zum* Kurass *gehörigen guten tieffen, und nicht mit einem flachen Sattel, oder schlechten Post* Küssen, *belegt und wohl gesattelt ist, vor des Landes-Fürsten hohen Beamten, und in deroselben Gegenwart ohne allen Vortheil und der freyen Erden beschreite und auffsitze. Und* (5) *mit allen solchen Stücken seine gute völlige Leibes-*Kraeffte, *Mannheit und Staercke, auff welche sich ein Landes-Fürst, in Nöthen, gegen seinen Feind zu verlassen habe, in guter treuer That darthue und beweise.* Remotis vero hisce impedimentis, tandem ipsa solemnitas ita peracta est: *Nachdem Herr N. N. seinen Vorritt zu thun, bey tit. dem Herrn Land-Voigt etc. sich gebührend angemeldet, und ein und andere praeparatoria hierzu gemacht, der Cammer-Procurator aber in Erfahrung kommen, dass derjenige Harnisch, den er zu solchem Vorritte gebrauchen wollen, viel zu gering, leicht, oder dünne sey, hat bey obgedachten Herrn Land-Voigte er Amtswegen eine protestation eingeleget, und nothdürfftige Erinnerungen, wie dergleichen Vorritt allenthalben geschehen und beschaffen seyn müste, gethan. Worauff Eingang ermeldter von N. N. sich einen andern Harnisch verfertigen lassen, und nachdem derselbe in der Probe bestanden, und so wohl an Brust-als Rückstücken schusstfrey befunden worden, (immassen denn hochbesagter Herr Land-Voigt die Probe mit einem scharff-geladenen Stutze, oder gezogener Büchse, daran selbst gethan hat), ist er hierzu, angesetzten Tages, aus der Stadt Budissin in wollen zierlichen* Kurass, *(ausser dass er an den Beinen mit Stieffeln angethan gewesen), auffs Schloss, und biss an die Treppen auff'n Hoff geritten kommen, und abgestiegen, worauff der Herr Land-Voigt, in Gegenwart der anwesend und versammlet gewesenen Herrn Land-Staende, so wohl das Pferd, (welches ein schöner Apffel grauer Hengst war), als auch den* Kürass, *mit aller seiner Zugehör, in Augenschein genommen, und so fort den von N. N. wieder auffsitzen und den Vorritt verrichten lassen, der denn auch das Pferd auffs ebene, und einen unvortheilhafften Ort gebracht, darauff gar behende und ohne sonderbare Mühe gestiegen, und als er noch nicht recht ein, oder in Sattel gesetzen, mit der rechten Hand den Degen oder Rittermaessige Seiten-Wehr ergriffen, ausgezogen oder entblösset, und dreymal über den* Kopff *geschwencket, oder Lufft-Hiebe damit gethan, und nachdem er das Schwerd wieder an seinen Ort bracht, und eine höfliche mine und reverentz gegen den Herrn Land-Voigt und Herren Land-Staende gemacht hat, ist er vom Schlosse wieder hinunter, und in die Staedt in sein Logiament geritten.*

§. 28. Deinde in casu *aperturae imminentis* alienatio fieri potest ex consensu domini feudi, quale exemplum ex gente mea ad manus est, et quidem expresse consentire debet. Utut enim putent, consensum domini tacitum sufficere, veluti, si alienatio feudi facta sit, praesente et tacente domino, Schrader. *de feud. p. 8. c. 4. n. 2.* hoc tamen maxime dubium est, eum tacuisse censeatur salvo jure suo dn. Praes. *in exam. jur. feudal. c. 14. qu. 3. in f.* Boerius *decis.* 181. Hoc parum refert, utrum consensus mox ab initio intervenerit, an post supervenerit, cum ratihabitio superveniens mandato aequiparetur, Schrader. *cit. l. n. 3.* Hoc modo alienatio irrevocabiliter in emptorem transit, ut domino haud integrum sit, alienante sine haeredibus decedente, feudum ab emptore revocare: consentiendo enim in alienationem feudi, de novo feudum emptori concessisse videtur. Id. *cit. l. n. 33. seqq.* licet vel maxime adjecta esset clausula. *salvo jure nostro*, quippe quae tantum conservat *dominium directum.*

§. 29. Denique requiritur, *ut alienatio fiat inter vivos.* De hoc requisito ante interpretationem authenticam *Joh. Georgii I.* electoris Saxoniae, gloriosissimae memoriae gravissime disputatum fuisse constat ex ipsa *ordinat. feudal. Lusat. sup. p. 81.* Ansam huic disputationi dedit conflictus dd. circa hanc quaestionem, quae huc redit: *an concessa feudi alienatione, concessa quoque sit testandi facultas?* Qui id asserunt, his fundamentis nituntur: (1) quod pro ultimis voluntatibus magnus favor militet, cum morienti non possit negari, quod vivus facere poterat, (2) quod alienatio aeque fiat testamento, morte confirmato, quam contractu, cum testamentum sit alienationis species, Grot. *de j. b. et p. lib. 2. c. 6. th. 14.* (3.) Quod beneficia principum quoad concedentem latissime sint interpretanda, *l. 3. ff. de constit. princ.* Surdus *lib. 3. cons. 305. n. 34.* Obrecht. *de feud. lib. 2. c. 12. n. 12.* Dn. Praes. *de caut. testam. c. 6. m. 2. §. 12. seqq.* Qui vero negantium castra sequuntur, hac ratione

potissimum ducuntur, quod *alienationis* vox sit ambigua, et *late* quidem testandi facultatem contineat, *l.* 8. §. *certum de sec. nupt. stricte* vero et primario denotet tantum dispositionem inter vivos, *l.* 1. *c. de jur. emphyt.* Brisson. *de verb. signific. voc. alienatio.* Hinc concludunt, in dubio illam faciendam interpretationem, qua non nimium a jure communi feudali recedatur, ut tantum pro dispositione inter vivos capiatur, du. Horn. *in jurispr. feud. c.* 14. §. 4. dn. Thomas. *de feud. alienat.* §. 26. Schrader. *cons.* 1. *n.* 266. Franc. Purpurat. *cons.* 25. *n.* 6. Cardin. Tusch. *pract. concl. voc. alienare. concl.* 259. *et voce disponere. concl.* 482. Accedere videtur, quod in dubio interpretatio pro domino facienda sit. Dn. Thomas. *cit. l.*

§. 30. In tanta ambiguitate dd. tandem obtinuit posterior sententia, et *ordin. feudali p.* 81. confirmata est. Loquitur quidem privilegium Maximiliani generaliter, sed ex regulis interpretandi constat, quod in ambiguitate terminorum substratae materiae ratio haberi debeat, quorsum pertineat verba: *Dieweil aber dennoch mit angeregten Kayserl. privilegio es diese Gelegenheit hat, dass dieselbe auff Lehn-Güter und derselben succession gerichtet* Accedit, quod testamenti factione permissa, feuda Lusatiae adhuc magis degenerarent a propria feudorum natura, quod praecavendum, per ea, quae §. 6. dicta sunt, et facile contingere posset, ut ita ad foeminas quoque transirent. Atque hinc dicitur *in ordin feud. cit. l. dadurch denn denen Lehn-Gütern die Natur, Art und Eigenschafft nicht benommen, noch dieselben zu Erbe gemacht: oder dass sie auff Weibl. Geschlecht könten gebracht werden, verstattet, weniger, ingemein von Lehn-Gütern zu disponiren, oder zu testiren. Gunst und Consens gegeben.* Ulterius, in privilegio Maximiliani successio *ab intestato* tantum introducta, eique certus ordo praescriptus; quo ipso testamentaria exclusa videtur, quippe quae juri communi feudali repugnat, prout hae aliaeque plures in *ordin. feud.* adducuntur. Ex his nunc sequitur ipsa declaratio clausulae, in privilegio Maximiliani dubiae, *p.* 82. *Als erklaeren wir hiemit die clausul aus Churfürstl. als Marggrafen in Ober-Lausnitz, habenden Macht gnaedigst, dass ein jeder Besitzer vor dem andern Mitbelehnten Agnaten, Schwertmagen, ungehindert sein Lehn-Gut per actus inter vivos zu alieniren fug und Macht haben solle.*

§ 31. Sic itaque feuda Lusatiae superioris recte possunt (I) *vendi*, secus ac jure communi. 2. *f.* 55. *constit. elect.* 46. *p.* 2. (II) per *donationem* in alium transferri, modo sit inter vivos, quod rursus adversatur juri communi 2. *f.* 9. §. *donare* (III.) possunt in *emphyteusin*, *vel libellum* concedi, quod itidem de jure communi fieri nequit indistincte, Dn. Praes. *exam. jur. feudal. c.* 19. *q.* 4. Schrader. *de feud. p.* 8. *c.* 1. *n.* 4. *seq.* (IV.) Admittunt *permutationem*, quam excludit jus commune, dn. Praes. *cit. l. q.* 6. Schrader. *cit. l. n.* 30. (V.) Possunt in *solutum* dari, secus ac jure communi, *arg. l.* 4. *c. de evict.* Schrader *cit. l.* Dn. Horn. *in jurispr. feud. c.* 19. *et* 2. (VI.) quin etiam in *dotem*, sive filiae suae, sive extraneae dederit, quod jure communi haud permissum est 2. *feud.* 9. §. 1. Huc etiam (VII) pertinet *jus dotalitii* constituendi, *Leibgeding darauff zu machen*, ut dicitur in *ordin. feud. p.* 82. quod a moribus Germaniae non quidem penitus abhorret, sed tamen non s quam si de *illatione et versione* dotis in fe constet. Dn. Praeses *tr. de success. ab intest.* c. 2. §. 9. *seq.* Mevius *p.* 2. *d.* 224. (VIII.) piunt *pignora et hypothecam*, secus de jure comm 2 *f.* 55. 2. *f.* 8. Negusant. *de pign.* 2. *membr. p.* n. 43. adeoque hoc jure ad validitatem hypoth consensus domini et agnatorum requiritur, adeo nequidem nuda confirmatio sufficiat. Dn. Praes. ex *jur. feud. c.* 19. §. 10. Hoc intuitu quoque (IX.) *hy theceae tacitae* subjacent. Dn. Praes. *in ms. mod.* 20. *tit.* 2. §. 38. quae alias, de jure communi, ad fe haud extenditur, Id. *ibid.* §. 21. Berlich. *p.* 2. co 31. Carpz. *p.* 2 *c.* 25. *def.* 1. quemadmodum in Sa nia quoque idem observatur, uti ex *all. const.* 25. paret. (X.) Recipiunt *usumfructum*, quod plerique jure communi feudali itidem negant, Schrader. *feud. p.* 8. *c.* 1. *n.* 10. (XI.) Possunt in *transacti nem* deduci, quae etiam species alienationis, *arg. l. c. de praed. min. l.* 12. *c. de transact.* et propter jure communi prohibita est, nisi pro feudo retinend transigatur, Schrader. *de feud. cit. l. n.* 43. *seqq.* in genere potest quovis modo licito inter vivos in lium transferri, *vergeben und verwenden*, ut dicitu in *ordin. feud lus. Und solches alles ohne der Mitbelehnten Consens.*

§. 32. Caeterum, utut hactenus dictum sit, liberam alienationem inter vivos vassallis Lusatiae *superioris* competere, haud tamen haec extendi potest ad illam alienationem, quae fit in fraudem legis. h. e. quae quidem speciem alienationis *inter vivos* prae se fert, sed magis *mortis causa* facta videtur. Cum enim dispositio m. c. penitus exclusa sit, non potest non quoque omnis simulata dispositio pro exclusa haberi, quae magis est dispositio m. c. quam inter vivos. Ita enim plerumque contingere solet, ut inventa lege, inveniri soleat fraus legis. *l.* 28. *ff. de usur. l. f. c. de usur. rei jud. l. f. c. mand.* qualia tamen merito sub prohibitione legis comprehenduntur, cum paria sint, contra legem facere, et in fraudem legis facere, *l. si quis patrefam.* 3. §. 3. *ad sct. maced. l.* 27. *in f. de prob. l.* 112 §. *f. de leg.* 2. *l. f.* §. 3. *ad sct. Vellej.* Huc pertinet, si vasallus in agone constitutus, donet alicui feudum suum, quod videtur intuitu mortis factum fuisse, id quod ex circumstantiis judicandum. Hinc in tali casu mens. febr. 1690. responderunt Jcti jenenses: *Als erscheinet aus allen Umstaenden, dass die Verkauffung des Lehn-Guths allerdings in fraudem legis geschehen, und also ungültig sey.*

§. 33. Interim tamen non prohibitum est, testamentum condere de feudo, si fiat inter illas personas, quae alias in feudo successurae sunt, uti expresse cautum est in *ordin feud. p.* 83. *dass auch ein jeder Mittebelehnter freye Muth und Gevalt haben solle von seinen Lehn-Güthern quoad habiles personas, so innerhalb des siebenden Grads, und ohne das die Antwortung haben, testament und letzten Willen zu machen.* Neque enim tali testamenti factione praejudicatur proximis agnatis, alias ad feudi successionem vocatis, sed ordo succedendi tantum quodammodo mutatur. De jure communi id nequidem hoc casu permissum est, adeo, ut nequidem frater fratrem in feudo gravare possit, quod ad ipsum non ex dispositione fratris, sed ex pacto primi acquirentis devenit. vid.

Albert. Brunns *cons.* 180. dn. Praes. *de caut. testam. c.* 6. *m.* 1. §. 17. Quin quod in feudis antiquis non tantum Domini consensus, sed etiam agnatorum secedere debeat. Anton. *de feud. disp.* 5. *th.* 8. *lit. e.* Vultejus *cons. marp.* 26. *vol.* 4. *n.* 310. adeoque, si remotiores agnati essent instituti, proximiores hoc ratum habere haud tenentur.

§. 34. Hoc eo magis dicendum esse arbitror, si feuda sint *mere haereditaria, Erb Lehn*, quae communiter habentur, ut alia allodia, Menoch. *cons.* 1115. *n.* 4. et ita testamenti factio de jure lusatico quoque permissa censeri debet, cum de jure communi quoque ad omnes omnino haeredes transeant, Schrader. *vol.* 1. *cons.* 1. *n.* 25. dn. Praeses *de caut. testam. c.* 6. *m.* 2. §. 8. Quin quod ceterioris conditionis gelderetur vassallus in hoc feudo, si liberior potestas eidem haud concederetur, omnique effectu careret singularis illa qualitas, quae feudis haereditariis cohaeret. Merito tamen hoc etiam restringendum ad *personas alias habiles*, prout monet *ordin. lusat. feud.* adeoque foemina res institui nequit. Carol. Ruin. *cons.* 198. *num.* 18. Merckelbach apud Klock. *p.* 2. *cons.* 32. *n.* 7. quod speciali responso, quoad feuda Lusatiae superioris, plenius deducit dn. Lyncker. *resp.* 76. Quodsi tamen feudum *foemineum* esset, facilius dispositio testamentaria etiam ad foeminas extendi posset, cum hae semel ad feudi successionem admissae, fuerint, modo intra gradum in *ordin. feud.* praescriptum reperiantur.

§. 35. Praeterea, licet dispositio de ipso feudo haud concessa sit regulariter, hoc tamen non obstare dici posset, quo minus vassallus possessor ad minimum gravare possit agnatum successorem. Sic Brunnem. *consil.* 39. refert casum, ubi vassallus quidam in Lusatia superiori non quidem de feudo disposuerat, sed tamen aliter agnatum successorem gravaverat, hac addita cautela: *Dass er es zwar bey der Lehns subcession respectu seiner Agnaten und Lehns-Folgern bewenden liesse, begehrte auch nicht de feudo, tamquam re feudali, illegaliter zu testiren, sondern vermeinte nur, aus obangezogenen Ursachen, gar wohlbefugt zu seyn, dass er diss sein Lehn Guth mit den in testamento befindl. dispositionibus beschweren mochte.* Verum recte respondit B. Brunnemannus, *dass solche testament, so viel die darinn enthaltene Beschwerung des Lehn-Guts betrifft, zu Recht unbestaendig und unkraefftig sey.* Quodsi enim tale gravamen in feudo admitteretur, per indirectum quoque illud fieri posset, quod directo prohibitum est, cum tamen leges non verbis, sed rebus positae sint, *l.* 28. *c. de usur. l.* 2. *c. comm. de legat.* et hinc magis mens legis attendi debet, quam verba, *l.* 17. *ff. de ll.* et non, quid dixerit, tantum advertendum, sed quid legislator intellexerit, *l.* 19. *de cond. et demonstr.* Nec, quae directo prohibentur, per indirectum admitti debent. Gail. 1. *obs.* 135. *n.* 2. Hartm. Pistor. *p.* 1. *qu.* 31. *n.* 25.

§. 36. Unus tamen casus exceptus est, quo feudum, et agnati in illud successuri, gravari possunt. De eo ita disponitur *in ordin. lusat. feud. p.* 83. *Wir wollen aber aus Landes Fürstlicher Macht hiemit einem Vater oder Bruder dieses nachlassen, von seinen Gütern zu Ausstattung der Töchter und Schwestern nach Art und Weise, der in den gemeinen Saechsischen Rechten observirten legitimae, per ultimam voluntatem zu disponiren.* De jure communi satis expeditum est, feudum in legitimam liberorum imputandum non esse, cum tantum ea imputentur in illam, quae veniunt ex judicio patris, *l.* 22. *ff. de adopt.* Hartm. Pistor. *lib.* 2. *qu.* 38. *n.* 1. 2. Deinde de filiabus haec regula quoque communiter approbata est, quod iis regulariter ex feudo legitima non debeatur, quia enim succedere haud possunt in feudum, nihil ratione legitimae ex feudo petere queunt, Id. *cit. l. n.* 15. Petr. Heig. *p.* 1. *qu.* 25. Carpzov. *disput. de onerib. feudal. dec.* 3. *pos.* 6. *n.* 3. dn. Horn. *jurispr. feud. c.* 15. §. 18. Limitant tamen praedictam regulam in feudo novo, a patre empto, in cujus comparationem maximam substantiae suae partem convertit. Etsi enim nec in tali feudo filiae succedant, atque adeo ratio praedicta adhuc obstare videatur, nec porro legitima debeatur, nisi post mortem, tempore autem mortis feuda ad successionem filiarum non pertineant: nihilominus tamen aequior sententia contraria communi calculo approbata est, quia in effectu, dum pater omnem suam substantiam in comparationem feudi convertit, filiis illam donasse videtur; quae autem donata sunt liberis, conferenda utique sunt, saltim quoad aestimationem, ut portio haereditaria secundum illa judicari queat. H. Pistor. *cit. l. n.* 54. *seqq.* Carpz. *cit. l.* alioquin enim pater in fraudem filiarum, ad eas defraudandas in legitima, posset omnia sua bona in feudum offerre, quod leges haud permittunt. *l.* 87. §. 2. *ff. de leg.* 2. Accedit favor aequalitatis, quam leges potissimum in liberis desiderant. Atque hoc ipsum in Saxonia eo minus dubii habet, quoniam per specialem constitutionem, quae extat in *corp. jur. saxon. append.* 2. *p.* 67. hac de re ita cautum est: *Würde jemand unserer Unterthanen alle seine Bahrschafften, so er selbst erworben, oder durch Veraenderung seiner Erb-Güter zu hauffe gebracht, zu Erkauffung eines gantz neuen Lehns anwenden, und es erstrecke sich solches auff sein gantzes Vermögen oder den mehreren Theil desselbigen, also, dass er auch derentwegen an Erb-Gütern nichts oder gantz wenig verliesse, so sollen seine Töchter von solcher angewandten Bahrschafft, oder Kauff Geld, ihren gebührenden Theil an der legitima zu fordern Zu und Anspruch haben etc.*

§. 37. Ad hanc constitutionem provocasse videtur serenissimus legislator, dum expresse *in ordin. feudal. lusat.* mentionem facit joris saxonici, *nach Art und Weise der in denen gemeinen Saechsischen Rechten observirten legitima*: jam vero in Saxonia in casu praedicto tantum peti potest legitima, ergo quoque non indistincte, sed eo demum in casu in Lusatia quoque de legitima disponi potest. Praeterea quoque modus computandi legitimam ex jure saxon. videtur repetendus, qui hic singularis est, et a jure romano recessit. Dicitur enim in praedicta constitutione saxonica: *jedoch soll alsden n die legitima, so allen Kindern zugleich gebühret, höher nicht, denn wenn zweene oder drey Erben verhanden, quarta, das vierte Theil, und da derselbigen vier oder mehr waeren, triens, das dritte Theil seyn.* Derogatur deinde in verbis sequentibus juri communi romano quoad computationem, conf. Carpz *p.* 3. *c.* 9. *def.* 29. Ipsa autem computatio quartae, vel trientis, hoc modo se habet, ut allodium et pretium in feudum versum, computentur in unam massam, postea deducatur aes alienum feuda afficiens, ac ex eo, quod superest, vel quarta

vel triens pro legitima constituatur. Quod si ergo huic quartae vel trienti allodium tunc non sufficiat, suppleri id debet ex feudo a fratribus. dn. Horn. *de feud. c.* 15. §. 10. Praeterea quoque secundum praedictam *const. saxon.* imputatur in legitimam, quae filiae jam acceperunt, *zu Austattung und an Schmuck und Kleider und Mitgifft, oder in ander wege bekommen, und sammt dem, was ihnen an Erbe mit zukommet.* Caeterum an illa computatio legitimae, de qua jam dictum est, in foris Lusatiae indubitate sit recepta, nondum penitus mihi constat; non leve enim obstat dubium, quod in sequenti responso, quaest. 3. hac de re motum est, quod eapropter in gratiam lectoris subjicere libuit.

§. 38. Hoc vero jure lusatico singulare est, quod etiam, praedicto casu, sororibus legitimam per testamentum relinquere possint; quae iis alias non debetur de jure, nisi in casu certo, si turpes personae fuerint institutae. *l. fratres* 27. *c. de inoff. testam.* Solet autem hic disputari, an sororum legitima hoc casu sit quarta, uti filiarum; an vero triens, secundum jus commune? Equidem hic idem dicendum esse videtur, quod in filiarum legitima, cujus quantitas diversa est a jure communi, praesertim cum in *ordin. feudal.* filiae et sorores, quoad hunc effectum, conjungantur. Sed uti mihi relatum, *mens. jun.* 1681. a Jctis francofurtensibus aliter decisum est, quod illustrationis gratia adjicere integrum lubet: *Hat Joachim Ernst von Gersdorff eine dispositionem vor* 8. *Zeugen auffgerichtet, darinn er seiner Schwester, Marien Sidonien von Warnsdorff, gebohrnen von Gersdorff, den dritten Theil seiner Lehn-Güter, als die in Saechsischen Rechten übliche, und in der Ober-Lausitzschen Lehens Ordnung angemerckte legitimam zu ihrer Austeuer vermacht, desshalb jet so gefraget wird? I. Ob der Defunctus, der an seine Schwester vor diesem beschehenen elocation ungeachtet, deroselben Austattunghalber, eine dispositionem mortis causa, von seinem hinterlassenen Lehn-Gütern auffzurichten, vermöge der Ober Lausitzschen Lehns-Ordnung, befugt gewesen? II. Ob vermöge dieser disposition dasjenige Vermaechtniss, welches der verstorbene Bruder seiner überlebenden Schwester von seinen Lehn-Gütern ausgesetzt hat, der Schwester ex ipsa feudi substantia, und durch Abtretung des zugeeignet en Stückes vom Lehn, oder nur der Werth des ausgesetzten Lehnstückes, von denen Lehns folgeren zu vergnügen sey? III. Ob die Worte der Ober-Lausitzschen Amts-Ordnung: nach Art und Weise der in denen gemeinen Saechsischen Rechten observirter legitimen, von dem dritten oder vierten Theil der Lehn-Güter zu verstehen sey? IV. Ob die überlebende Schwester dasjenige, was sie von dem verstorbenen Bruder zu ihrer Ausstattung von demjenigen quanto, welches deroselben durch den Bruder in dem angezogenen letzten Willen von seinen hinterlassenen Lehn-Gütern zugeeignet worden ist, imputando oder conferendo decourtiren zu lassen schuldig ist? Die I. Frage betreffend, scheinet zwar dahero in diesem Fall die Ober-Lausitzsche Lehns-Ordnung, welche verstattet, denen Schwestern zu ihrer Austattung die legitimam aus denen Lehn-Gütern zu vermachen, nicht statt finden, weil die Schwester zu Zeit der errichteten disposition schon mit einem dote von* 2000. *Thlr. ausgestattet gewesen, desshalb sie keiner ferneren Austattung bedurfft, cessante vero causa statutariae provisionis, cessat ipsa provisio. Weil aber dennoch in Rechten bekant, quod dos etiam constante matrimonio augeri possit, tam ab ipsa uxore, quam a quovis alio, l. si constante.* 19. *pr. c. de donat. ant. nupt.* Novell. 97. *cap.* 2. *Uberdem auch dos, denen Rechten nach, nicht allein ex hoc capite verordnet, ut maritum inveniant, sed etiam, ut eo commodius in matrimonio vivere possint, et marito non difficile sit, onera matrimonii ferre, arg. l. dotis fructum.* 7. *pr. ff. de jur. dot.* et ita dos est favorabilior alimentis, Gail. 2. *obs.* 95. *n.* 14. *seqq.* et in ambiguis pro dote respondendum, *l.* 70. *ff. de jur. dot. Die Lehns-Ordnung aber generaliter von der Ausstattung redet, und also ad filiam nondum elocatam nicht restringiret werden kan, cum favore ampliandi potius, quam restringendi. Wie denn nichts hindert, dass die Lehns-Ordnung hoc passu dem juri feudali communi zuwider, und also strictissime zu interpretiren, immassen allhie nicht auff das jus feudale commune, sondern auf die Landes-Gewohnheit, so vorberegter Lehns-Ordnung gewesen, zu reflectiren, da ein vassallus, deficientibus haeredibus masculinis, die völlige Lehn-Güter per testamentum denen Töchtern zuwenden können, welches durh die Lehns-Ordnung, biss auff die Ausstattung pro quantitate legitimae, restringiret, und also die Ausstattung billig plenissime zu verstehen, So halten wir davor, dass der bereits geschehenen elocation ungeachtet, der defunctus seiner Schwester nichts desto minder aus seinen Lehns Gütern die in der Lehns Ordnung vergönnete Ausstattung vermachen können*

Auff die 2. *Frage erachten wir, ob wohl sonst dahin zu sehen, dass Lehn Güter nicht zerrissen, und also auch die daher dem Lehn-Herrn zustaendige Lehns- und Ritter-Dienste zertheilet werden, desshalb so viel müglich, die Lehne bey dem rechten Lehns-Folger zu conserviren, der Schwester auch gleich viel seyn kan, wann sie den Werth des ihr vermachten Anteils bekommt: Weil aber dennoch die Ober Lausitzsche Lehns Ordnung von denen Lehn-Gütern selbst, einem vasallo, pro quantitate legitimae, zu disponiren verstattet, welche potestas disponendi auch auff so hoch die Lehn-Güter selbst afficiren muss, gegen waertiger defunctus auch deutlich exprimiret, dass die Schwester den dritten Theil von seinen saemmtlichen Lehn-Gütern, ja die Wahl haben soll, ob sie ein Antheil der Güter, oder auch den Werth davor fodern wolle, und niemandin Rechten verbunden, wider seinen Willen aliud pro alio anzunehmen; So halten wir davor, dass der Schwester der dritte Theil ex ipsa feudi substantia gebühre.*

Die 3te *Frage belangend, Ob wohl die elocatio filiarum ad quantitatem legitimae reduciret, die legitima aber, so einer Schwester oder Bruder gebühret, nicht tertia, sondern quarta ist, allermassen dass dieselbe in trientem zolte augiret worden seyn, ex expresso textu nicht zu befinden* Rittershus. *ad novell. p.* 6. *c.* 5. *n.* 11. *Weil aber dennoch das argumentum legitimae in allen denen Personen statt findet, quibus olim quarta assignabatur,* novell. 18. *cap.* 1. *in fin. und also sonder Zweifel auc hauff die Brüder und Schwestern solches zu extendiren ist, daher auch die*

Doctores denen Brüdern und Schwestern trientem, loco legitimae, assigniren, Fachin. *lib.* 4. *controv.* 28. Hillig. *ad Donell. lib.* 19. *cap.* 4. *lit. ea.* Trentacinq. *tit. de legit. resol.* 3. *n.* 5. Barry. *de success. lib.* 16. *tit.* 2. *n.* 1. Richter. *ad auct. novissima c. de inoff. test. n.* 57. Struv. *jurisprud. rom. german. lib.* 2. *tit.* 21. §. 5. *Wie denn auch die Ober-Lausitzsche Lehns-Ordnung keinen Unterscheid unter den Töchtern und Schwestern machet, sondern beyderseits zu gut, die dispositionem de feudo, pro quantitate legitimae, zulaesset, auch ohne dem, wann ein Bruder der Schwester ex feudo die Ausstattung vermachet, solches revera ex feudo paterno geschiehet, und ihr dahero, was einer Tochter zukommt, ebenfalls zu gönnen; so ist auch billig der dritte Theil loco legitimae allhier zu verstehen. Ob nün wohl ratione quantitatis legitimae annoch ein grosses dubium übrig ist, indem die Ober-Lausitzsche Lehns-Ordnung §. Wir wollen aber, disponiret, dass die legitima nach denen gemeinen Saechsischen Rechten gerechnet werden soll, und daselbst in const.* 2. *de anno* 1572. §. *jedoch, verordnet ist, dass alsdann nur die quarta, wann drey oder weniger Erben, oder triens, wann vier oder mehr vorhanden, die legitima seyn soll, dabey in diesem Fall den gemeinen Rechten, quoad quantitatem legitimae, expresse derogiret worden*, vid. Carpzov. *part. c.* 9. *def.* 29. *n.* 6. *Weil aber dennoch die allegirte constitutio ad non editas gehöret, welche man dazumal, da die constitutiones Augusti heraus gegeben, zu publiciren bedencken gehabt, auch solche bey Lebzeiten des Carpzovii niemals zum Druck gekommen, daher Er sie auch d. loc. Constitutionem non editam nennet, sondern nur vor etlichen Jahren erstlich in das corpus juris saxonici mit hinein gerücket, und also nicht glaublich, dass solche constitutiones non publicatae in der Ober-Lausnitz sollen recipiret seyn, zumalen solche nur an die Schöppenstühle versandt worden, der Carpzovius auch an dem angeführten Ort n.* 5. *solche nur ad Electoratum Saxoniae referiret, und sie dahero pro jure communi Saxonico nicht anzunehmen, dahin jedoch die Ober-Lausitzsche Lehns-Ordnung sich beziehet, als welche nicht vom Sachsen-Recht schlechterdings, auch nicht von dem Chur Saechsischen Recht, sondern von dem gemeinen Sachsen Recht redet, und dieses, wann es nicht ein anders disponiret, ex jure communi zu interpretiren ist; So seynd wirdahero der Meynung, dass auch in der Ober-Lausitz die Legitima ex feudis, nach denen gemeinen Rechten, angeschlagen werden müsse.*

Auff die 4te Frage erachten wir, dass, ob gleich, was einer a fratre vivo empfangen, in keine collation zu bringen, cum inter collaterales collationi locus non sit, Brunner. *de collat. bonor. cap.* 3. *n.* 214. *auch nicht erhellet, dass der defunctus, was er der Schwester mitgegeben, aus dem Lehn genommen. Weil aber dennoch die disposition deutlich im Munde führet, dass der defunctus daher der Schwester tertiam partem seiner Lehn-Güter vermachet, weil sie vorher nicht gnugsame Ausstattung bekommen, und also seine intention nicht undunckel gewesen, dass er der Schwester die Aussteur dergestalt suppliren wollen, wie denn auch die Rechte in dem Fall, wenn sie einer Witben quartam partem ihres verstorbenen Mannes Güther, in casum, si vidua vel plane non dotata, vel non sufficienter dotata, ut inde se sustentare possit, zueignen, per nov.* 53. *cap.* 6. *et auth. praeterea c. unde vir et uxor. erfordern, dass sie ihren dotem ad computationem quartae conferire*, Andr. Kohl. *de success. conjug. p.* 2. *n.* 31. Grass. *receptar. sentent.* §. *successio qu.* 39. *n.* 4. *hierzu auch der favor successorum feudalium kömt, welche nicht übermaessig mit Ausstattung der Töchter oder Schwestern zu graviren, und ohne dem in diesem Fall eine Schwester kein besser Recht haben kan, als eine Tochter, welche sich der collation unterwerffen muss; So halten wir davor, dass auch die Schwester dasjenige, was ihr der defunctus bey seinem Leben zur Ausstattung mitgegeben, ad computationem des ihr ex feudo vermachten dritten Theils, zu conferiren schuldig sey. V. R. W.*

§. 39. Atque haec sunt potissima momenta, quae circa alienationem feudorum Lusatiae attendi debent. Duo adhuc supersunt brevibus monenda: primum est, quod feuda in Lusatia superiori hoc modo alienentur, *ut feuda*, seu sub conditione, ut novus possessor iterum a domino investiatur, non vero, ut ita transmutentur in allodium. Hoc enim in genere juris est, ut feudum concessum cum potestate alienandi, qualia sunt feuda Lusatiae, saltim ut res feudalis, non vero ut allodialis alienari queat, Rosenthal. *de feud. c.* 9. *m.* 1. *concl.* 38. *n.* 7. Wesemb. *cons.* 73. *n.* 4. Hoc aliquoties cautum legitur in *ordin. Lusat. feudali.* Sic *p.* 81. diserte dicitur: *dadurch denn denen Lehn-Gütern die Natur, Art und Eigenschafft nicht benommen, noch dieselbe zu Erbe gemacht.* Et *p.* 82. *seq.* prohibetur ideo testamenti factio, quia alias ad filias feuda devenire et domino subtrahi possent, *und also dem Lehn Herrn die Lehensfaelligkeit entzogen werden möchte.* In ipsa Maximiliani concessione postquam vassallis concessa erat libera dispositio, statim subjungitur: *Doch uns, unsern Nachkommen und der Kron Boheimb an Regalien, Folgen, Diensten und Faelligkeiten, die sich ausser dieser unser Begnadigung an uns erledigen möchten, unschuedlich und unvergriffen.* Unde necesse est, ut novus possessor feudi desuper a domino feudi investiatur, cum non aliter rem aliquam sub qualitate feudali possidere queat.

§. 40. Alterum est, quod per talem alienationem apertura feudi impediatur quoad dominum directum. Thesis haec se resolvit in illam quaestionem: utrum mortuo alienante et agnatis intra septimum gradum, domino competat jus revocandi feudum a praesente possessore, seu novo vassallo? quod ex decisione quaestionis antecedentis negandum est, quia enim novum possessorem investire debet dominus, et in eum feudum, ut feudum, alienatur, non amplius quoad feudi aperturam illius mors, sed hujus considerari debet. Similis quaestio in jure communi occurrit, ubi disquirunt interpretes, utrum, feudo cum consensu domini alienato, et alienatore cum posteris mortuo, ita, ut jam ad dominum feudum devolutum esset, si alienatio facta non fuisset, domino jam competat jus revocandi. Quod omnes ad unum negant. Dominus enim consensit alienationi feudi, et ita ei, in quem illud translatum est, de novo intelligitur feudum concessisse, ut ita non amplius ex persona alienantis, sed praesentis possessoris aestimari debeat. Matth. de Afflict. *decis. neapol.* 112. *n.* 8. Schrader. *de feud. p.* 8. *c.* 4. *n.*

33. Et quamvis nonnulli dissentiant in casu, si alienatio quidem consensu domini facta, sed addita clausula: *salvo jure*, vid. Rosenthal. *cit. l. concl.* 18. *n.* 5. *seqq.* haec tamen sententia non tantum dubia est, per ea, quae tradit Hartm. Pistor. *lib.* 2. *qu.* 48. quocum etiam facit. Schroder. *cit. l.* sed etiam ab ipso Rosenthalio *cit. l. n.* 11. contrarium adstruitur in eo casu, quando ex *consuetudine* vel *pacto* dominus consentire tenetur. Jam in feudis Lusatiae dominus semel generaliter consensit, et ita per legem publicam in omnem alienationem consensum dedisse videtur, vid. *ordin. feud. lusat. p.* 81. ibi: *Gunst und Consens gegeben.* Ergo vel ex hoc fundamento feudum revocare nequit.

CAPUT III.

De successione feudali lusatica.

SUMMARIA

Connexio §. 1.
Ratio succedendi saxonica. §. 2.
Simultanea investitura renovanda. §. 3.
In Lusatia simultanea investitura non est necessaria. §. 4.
Divisio fratribus et agnatis non praejudicat. §. 5.
Quid si unus agnatorum vel fratrum feudum integrum accipiat, et caeteris pecunia satisfaciat. §. 6.
Successio haec habet locum usque ad septimum gradum. §. 7.
Septimus gradus inclusive intelligendus. §. 8.
Qualis computatio hic observanda sit? §. 9.
Jus repraesentationis inter collaterales. §. 10.
Quid in peregrinis attendi debeat? §. 11.
Simultanee specialiter investiti renovationem petere non debent. §. 12.
De foeminis feudum acquirentibus. §. 13.
Successor fit praevia investitura. Ubi investitura petenda sit? §. 14.
Officiales in curia feudali. §. 15.
Conclusio. §. 16.

§. 1. Praeoccupavit *cap. antec.* jura illa singularia feudorum lusaticorum in *alienationibus* obvenientia, quae praeter opinionem in tantum excreverunt, ut, quae adhuc restant dicenda, peculiari capite commodius excutienda videantur, ne series rerum, si in unum caput conjiciantur, taedium lectori creet.

§. 2. De liberorum successione hic non adeo erimus soliciti, cum nihil hic singulare constitutum deprehenderim. Sed potissimum disquirendum est de *collateralium successione*, de qua *antec. c.* jam ostensum est, quod jure saxonico non aliter ei locus sit, quam vi *simultaneae investiturae.* Confirmavit hanc consuetudinem antiquam sanctio electoralis *in dem Torgauischen Auschreiben de anno* 1583. *tit. welcher gestalt die Agnaten* §. *dieweil denn*: ubi expresse cautum: *dass vermoege Landüblicher Saechsischer Rechten, zwischen denen Agnaten und Schwertmagen seithalben in den Lehn-Gütern keine andere succession und Lehnfolge sey, als die man durch die saemtliche Belehnung und gesamte Hand überkommt.* conf. Hartm. Pistor. *lib.* 2. *quaest.* 19. *num.* 141. *seqq.* ubi hanc succedendi rationem plenius evincit. Ex quo fluit, quod fratres, dividentes feudum, amittant successionem in alterius partem, nisi in partem alterius simultaneam investituram acceperint, ut dicitur *in Lehnrecht. c.* 32.

§. 3. Non vero sufficit, simultaneam investituram ab initio ab agnatis impetratam fuisse, sed etiam praeterea in singulis casibus, ubi renovatio peti debet, simul quoque simultanea investitura renovanda est, licet nondum feudi possessionem impetraverint. Extat clarissima decisio in *p.* 2. *constit. elect.* 45. ubi ita: *Der gesamten Hand aber soll ein jeder, dem sie verschrieben, wenn dieselbe durch Absterben des Lehn-Herrns oder des Lehns-Manns und Besitzers gebrechen, ungeachtet, ob er gleich das Guth in würcklichen Besitz nicht hat, innerhalb Jahr und Tag, von Zeit der Wissenschafft an, Folge zu thun pflichtig seyn.* Atque hoc jus non tantum inter privatos vassallos obtinet, sed etiam obstringit duces Saxoniae, uti investiturarum exempla *in append. jur. feud.* Dn. Praeses *num.* 1. *et* 2. docent, ex quibus perspicuum est, quod etiam quoad marchionatum Lusatiae haec simultanea investitura a rege Bohemiae renovari debeat. In augustissima domo brandenburgica idem observari, docet actus investiturae sub *n.* 3. *cit. l.* adductus.

§. 4. Sed in Lusatia superiori res aliter sese habet. Nam (I.) ne quidem collaterales et agnati ab initio simultaneam investituram petere debent, sed *ipso jure* per legem publicam illam habent, usque ad septimum gradum, idque ex observantia antiquissima, utut in privilegio Maximiliani nihil hac de re cautum sit. Observantiae enim eadem vis est, quae legis derogatoriae, quippe quae jus facit, Gonzalez Tellez. *ad c. f. x. de consuet.* Barbos. *in thes. loc. commun. lib.* 13. *c.* 10. *ax.* 1. Besold. *thes. pract. voce, observantia.* Hinc observantia optima lex vocatur et omnium dispositionem interpres, *l.* 37. *ff. de ll.* Joh. Baptista Costa *de facti scientia et ign. in spect.* 47. *n.* 7. Joseph. Ludovicus *commun. concl.* 38. Menoch. *vol.* 3. *cons.* 265. *num* 7. Hinc porro dicitur practicae magistra, Carpzov. *lib.* 1. *def.* 105. *n.* 8. *jurispr. eccles.* et in tantum valet, quantum lex ipsa, imo omni lege valentior est, ut faciat silere statuta ipsa, prout notanter ait idem *lib.* 1. *j. eccl. decis.* 134. *n.* 9. quia habet vim veritatis, et aequiparatur regiae auctoritati et permissioni principis. Id. *lib.* 2. *j. e. defunct.* 155 *n.* 5. Hoc lutuitu in *ordin. Lusat. feud. p.* 79. dicitur: *Dieweil aber die Land-Staende sich auff eine wiedrige observantz und bestaendige Gewohnheit referiren, über dis aus beyder Aemter Budissin und Görlitz Lehns-Registraturen so viel kundbahr gemacht, dass von Zeit an des erlangten und in Ubung gebrachten privilegii, die Mitbelehnten Staende in denen Mittelfaellen, und ehe und bevor sie die erledigte Possess nach Absterbung und Veraenderung des Lehens-Besitzers würcklich erlanget, die gesamte Hand niemals zu befolgen gepflogen etc. Als lassen wir es auch hinführo bey angezogener observantz,*

cum consuetudo sit optima juris interpres, also verbleiben.

§. 5. Cum itaque per legem publicam agnatis simultanea investitura ipso jure tributa est, vocatur *die allgemeine habende gesamte Hand*, quae ubique locum habet, *sie haben getheilet oder nicht*, ut dicitur in *ordin. lusat. feud. p.* 80. Quodsi diviserint feudum fratres vel agnati, ipso jure successionem retinent sine impetrata speciali investitura simultanea, quae jure saxonico alias necessaria erat, prout §. 2. vidimus. Nam expresse de hoc casu *cit. loc.* disponitur: *ob auch Bruder und Vettern sich theilen würden, soll zwar ein jeder die Lehn über seinen Antheil, dessen possess er bekommt, dasselbe behaelt, oder einem andern hinlaest, suchen, über des andern Brudern oder Vetters Antheil aber nicht eher zu suchen schuldig seyn, er habe denn desselben erledigten Besitz würcklich einbekommen.*

§. 6. Nonnunquam tamen contingit, ut in casu plurium existentium fratrum vel agnatorum in aequali gradu, unus tantum feudum accipiat, reliquis vero pecunia satisfaciat, ubi pariter quidem successio iis, quibus pecunia satisfactum est, salva manet, sed tamen pecunia, pro feudo accepta, non in quoscumque, usus propteres adhiberi vel verti potest. Equidem hoc certum est, pecuniam ex feudo redactam non fieri feudalem, uti quidem sentit Wesemb. *vol.* 2. *cons.* 79. cum feudum non sit *universitas*, sed magis *res singularis*, in qua pretium non succedit in locum rei. Gail. *lib.* 1. *de pignor. c.* 11. *n.* 2. Carpzov. *p.* 3. *c.* 30. *def.* 1. quamvis valeat conventio, ut pecunia ex feudo redacta, ad solos feudi successores pertineat. Carpz. *cit. l. def.* 4. Quia vero ita inaequalitas summa oriretur, quod is, cui pecunia satisfactum est, spem succedendi in feudum retineret, ille vero, qui pecuniam dedit, nullam spem succedendi haberet, ideoque ad conservandam aequalitatem in *ordin. lusat. feud. p.* 80. cautum est: *Da aber einer die Lehn Güter annehme, und dem andern, oder mehrern successoren und Mitbelehnten eine Satisfaction und Vergnügung mit Gelde thaete, so soll derjenige, er sey In- oder Auslaender, verbunden seyn, das Geld aus dem Lehn Gut entweder wieder an Lehn Güther anzuwenden, oder dasselbe, wie bisshero, vermittelst der Aemter, aus dem Erbe zu Lehen zu erheben;* vocari solet alias *ein Lehn Stamm*. Nam in pecunia hodie feudum constitui posse, nullum habet dubium, Schrader. *de feud. p* 3. *c.* 1. *n.* 7. *seq.* Coler. 1. *decis.* 94. *n.* 8. Debet autem accedere consensus domini feudi, prout dicitur in *constit. elect.* 30. *p.* 3. *wenn das Geld durch den Lehn-Herrn zu Lehn gemacht*, conf. Carpzov. *ad cit. c. def.* 10. hinc quoque in *ordin. feud. lusat.* notanter dicitur. *Vermittelst der Aemter*, seu curiarum feudalium, unde solemnis investitura accedere debet, Mantica *de tac. et ambig. conv. p.* 2 *lib.* 23. *tit.* 1. *n.* 14. *seq.* Cravetta *cons.* 293. *n.* 12. Alex. V. *cons.* 9. *n.* 6.

§. 7. Est autem haec successio in privilegio Maximiliani restricta tantum ad septimum gradum, his verbis: *Und wollen, dass in gedachten Marggrafthum Ober Lausitz alle Lehn Güter der jenigen, so die Zeit ihres Absterbens nicht ehelich gebohren Maennl. Leibes Lehns Erben hinter sich verlassen, und nicht mit besondern privilegien der gesamten Hand anders weiter und mehr befreyet, auff alle und jede ihre naechste Schwertmagen, maennlichen Stammes, biss in siebenden Grad, vermöge Saechsischen Rechtens nach rechter Sipzahl, sie waeren innerhalb oder ausserhalb des Landes, getheilet oder ungetheilet, nun hinführo zu ewigen Zeiten kommen, fallen und stammen.* Illud inprimis circa hunc textum inquirendum, cur successio feudalis ad septimum gradum restricta fuerit. Si conjecturis locus est, probabile est, jus antiquum feudale consideratum fuisse, secundum quod in collateralibus successio tantum usque ad septimum gradum protendebatur 1. *f.* 1. §. 4. 1. *f.* 7. ex quibus textibus plurimi dd. concluserе, successionem etiam hodie, secundum jus longobardicum, usque ad septimum gradum restringendam esse, vid. Hartm. Pistor. *lib.* 2. *qu.* 19. *n.* 31. Utut vero contrarium verius sit, uti defendit Pistor. *cit. l. n.* 40. sine omni dubio tamen eo tempore, quo privilegium hoc impetratum est, Jcti illud concipientes et circa illud cooperantes, in ea fuisse videntur haeresi, quod secundum jus commune, cui conforme esse videtur *jus saxon. provinc. lib.* 1. *art.* 3. successio agnatorum tantum protendatur usque ad septimum gradum.

§. 8. Caeterum etiam in jure longobardico grave dubium incidit circa hunc septimum gradum, an ille *inclusive*, an vero *exclusive* intelligi debeat. Sane Andreas de Isernia *ad* 1. *f.* 1. §. 4. existimavit, exclusive eumdem intelligi debere. Plerique tamen in contrarium iverunt, et particulam, *usque*, inclusive intellexerunt, Hart. Pistor. *cit. l. n.* 39. *ibique allegati*. Eadem dubia mota sunt circa privilegium Maximiliani, uti in *ordin. feud. p.* 81. notatur: *Wann auch wegen Raitung der Grad, und ob dieselbige inclusive oder exclusive des siebenden Grads sich erstreken sollen, Ungleichheit vorkommen: Als declariren wir hiermit diesen Punct gnaedigst, dass die succession der Mitbelehnten und der allgemeinen gesamten Hand biss zum 7den Grad inclusive verstanden, und allererst, laut des mehrgedachten privilegii, nach Abgang des siebenden Grads die verledigte Lehnsfaelligkeit und Uns nachkommenden Marggraffen in Ober Lausnitz, als Lehns Herrn, zustehen und kommen soll.*

§. 9. Sed etiam praeterea de jure communi disputatum fuisse constat circa *computationem graduum*. quidam eamdem esse observandam computationem voluerunt, quae jure civili praescripta est, ut expresse dicitur 2. *f.* 37. §. *si quis*. Hartm. Pistor. *lib.* 2. *qu.* 19. *n.* 2. alii, ut Hottomannus, computationem juris canonici praeoptandam esse voluerunt, ob text. 2. *f.* 31. et quia apud Longobardos haec computatio in usu fuisse videtur. Ipsam controversiam in utramque partem satis digne pro more excussit praelaudatus Hartm. Pistor. *cit. l.* In jure feudali lusatico res decisa est, secundum quod computatio ineunda *nicht nach gemeinen Lehn, sondern nach Suechsischen Rechten, inhalts des dritten Articuls lib.* 1. *Land-Recht.* In eo rursus aliquid singulare deprehendo, quod, cum alias in successionibus computatio civilis attendi debeat, in Lusatia tamen canonica recepta et approbata sit, quia in *cit. art.* 3. secundum quam instituenda est, canonica expresse recepta est. Conf. Schilter. *de libert. eccl. german. lib.* 3. *c.* 20. §. 12. *in f.* quod etiam juri longobardico antiquo satis conforme fuisse docet Hartm. Pistor *cit. l. n.* 12.

§. 10. Porro in eo quoque a jure communi succedendi, quod alias in Saxonia obtinet in allodialibus, recessum est, quod fratres fratrumque liberi simul succedant, et hi quidem jure repraesentationis. Ita enim in *ordin. feud. lus. p.* 18. *Und weiln es bey diesen Marggrafthum durch eine bestaendige Gewohnheit und üblichen Brauch eingeführet, dass des Vaters Bruder und Bruders Sohne, auch in Lehens Faellen, in stirpes succediren, als lassen wir solche bisshero uebelhergebrachte, auch durch unterschiedene actus bewehrte observanz in ikrem Werth gnaediget beruhen*. Alias in Saxonia jus repraesentationis in allodialibus plane incognitum est, ibique simpliciter obtinet regula: *je naeher der Sip, je naeher dem Erbe. Land. R. lib.* 1. *art.* 17. In feudis tamen quoque idem jus repraesentationis in Saxonia receptum est, si scil. simultanea investitura facta est *nach rechter Sip-Zahl, const. elect.* 29. *p.* 3. ibique Carpzov. nam alias omnes simultanee investiti sine consideratione gradus succederent.

§. 11. Atque haec succedendi ratio singularis *indistincte* obtinet, sive sint *in-oder auslaendische*. Hoc tamen adhibito discrimine, ut exteri, qui succedere virtute privilegii Maximiliani volunt, procurent, *auch hinwiederum gegen ihre Geschlechtsagnaten und Vettern dieses Orts gesamte Lehen mit consens ihrer Lehen Herrschafft auffzurichten, auff dass, wo sie derer Fuelligkeiten in diesem Marggrafthum Ober Lausitz also auch unsere der ihrigen ersprieszlich, und reciproce, wie die Natur und Eigenschafft der gesamten Belehnung mit sich bringet, zugewandt haben mogen.* Postulat hoc ipsum jus aequalitatis observandae inter aequales, alioquin enim, jure *retorsionis*, extranei excludendi forent a jure succedendi, cum, quod quisque juris in alium statuerit, eo jure quoque uti debeat. conf. dn. Praes. *de success. ab int. diss.* 1. *c.* 4. §. 29. *seqq.*

§. 12. Pergo ad illos, qui ab initio specialiter et solemniter investiti sunt. Hic succedere possunt duplici jure, (1) *jure agnationis, vermoge der allgmeinen habenden gesammten Hand,* (2) *jure investiturae simultaneae, vermoge des Gedins,* simulque in *ordin. lusat. feud. p.* 85 illis indulgetur electio, quo jure succedere velint, *auch ihnen frey und offen stehen, sich der gemeinen, nach Kaeysers Maximiliani privilegio, gesamten Hand zu halten, oder bey ihrer, der special gesamten Hand, zu verbleiben.* Quocumque demum jure utantur, neutrubi renovatio investiturae simultaneae exigitur, sed tunc demum, quando successioni locus fit. Equidem de generali simultanea investitura hoc non adeo mirandum est, quippe quae magis successionem in agnatione ad ductum juris longobardici feudalis fundat: sed de *speciali simultanea investitura* major ratio dubitandi erat, quippe quae de jure saxonico in singulis casibus renovari debebat, uti supra dictum est. Illud unice tamen requiritur, *dass sie bey Antrettung eines neuen Konigs und Lehn Herrns in der Hof-Cantzley die Lehn-Brieffe der gesamten Hand renoviren und verneuren lassen.*

§. 13. Denique de foeminis quoque singulariter dispositum est, quod si acquisiverint feudum, alios, etiam masculos, possint in simultaneam recipere investituram. Equidem in *ordin. feud. lus. p.* 83. diserte verbis tantum mentio fit *der Geschlechts Vetten maenl. Stams*, sed non dubium est, quin etiam maritum in simultaneam investituram recipere possint cum, si non major, ad minimum eadem ratio in marito deprehendatur, quae in agnatis, vid. Nicolai in *cas. jur. dub. res.* 12. *n.* 55. Knipschild. *de fideic. fam. c.* 6. *n.* 77.

§. 14. Non aliter autem succedunt agnati, quam *solemni investitura praecedente*, quam debito tempore petere debent, scil. *nach erledigter possess binnen Jahres Frist, a die scientiae anzurechnen.* Verum, cum tantum singularia explico, haec vero juris communis sunt, binis verbis illa tetigisse sufficiat. Hoc tamen addere necessum habeo, investituram hanc petendam esse *aut in praefecturis, in denen Aemtern, aut Cancellaria aulica, Hof-Cantzley.* Quod ut eo rectius intelligatur, sciendum est, quod Lusatia nostra omni tempore per *supremos praefectos*, qui *die Land Voigte* vocantur, administrata fuerit, qui regum et summorum imperantium nomine toti provinciae jus dixerunt. Hoc munere, ut recentiora saltim Saxonum tempora commemorem, egregie defuncti sunt L. B. de Callenberg, qui auctoritate summa officium sibi demandatum administravit, quo vivis erepto, rarissimo exemplo, ipse Jo. Georg. III. Saxoniae tam temporis princeps haereditarios, provinciae gubernacula clementissime in se suscepit, et pro heroica sua virtute gloriose gessit. Sed cum solium paternum ipse ascenderet, Lusatiae supremam praefecturam indulgentissime commisit Nicolao, L. B. de Gersdorff consilii status intimi sui directori, quem, ut pietatis causa nominem, facile mihi quisquam ignoscet, quum optimi parentis memoriam sanctam semper et reverenter habere religionis jussu mihi injunctum esse arbitrer. Sed et hoc fatis erepto 1702. Indulgentissimus patriae pater, ut et clarissimum clementiae suae pignus provinciae redderet, et tutissimum illi in omni tempestate asylum concederet, filium, majorum virtutes jam a teneris sectantem magno subditorum solatio, Friderie. Augustum, dn. nostrum clementissimum, felicissimis auspiciis ei praeposuit, optimae spei principem, sub cujus suavi imperio meliora, laetiora, firmiora omnia, pacem, tranquillitatem felicitatemque speramus, et certo nobis pollicemur, quem ut summus ille Jehovah majorem in modum indies, et virtutibus regiis, et insignibus animi dotibus, excrescere, et tamquam dilectum suum, solatio provinciarum, faustum fortunatumque stare sinat, omnes, quibus patriae salus curae, est, mecum sincere precantur.

§. 15. Huic in officio adjunctus et quasi substitutus est, quem vulgo *Administratorem supremae praefecturae, den Ober-Amts-Verwalter*, vocant, qui vero ab aliquo tempore esse desiit. In reliquis provinciis regimen ita instituitur, ut secundum duas praefecturas: *Gorlicensem et Budissensem*, earum singulae praefectum suum agnoscant, quarum quidem illi, pie defunctus generosiss. Nostitius, huic vero aeque generosiss. Gersdorffius felicissime praefuere, viri, quorum generosa mens summaque in patriam merita apud omnes peraeque constant. Hi praeter officium, quod regendo circulo quisque in praefectura sua, supremo praefecto absente, exercet, supremo etiam judicio, quod Budissae habetur, intersunt, et omnia, inprimis vero budissensis, nomine supremi praefecti gerunt. Atque hinc duae illae praefecturae ortae sunt, coram

quibus etiam investiturae expediuntur, soluta consueta taxa, de qua vid. *ordin feud. lusat. p.* 84.

§. 16. Haec de proposito nostro in praesentia dixisse sufficiat, quae, si minus accurata alicui videbuntur, meliora lubenter expectabo, veniamque dictorum ab aequis lectoribus facile me impetraturum sperans, de caeteris Zoili sectatoribus parum sollicitus. Quod reliquum est, officiorum meorum haud immemor, supremum illud Numen supplex adoro, ut patriae dilectissimae prosperrima quaeque largiatur, ut sub auspiciis serenissimae domus Saxoniae, quam Deus in dies majorem et feliciorem reddere velit, pacis et tranquillitatis fructus uberrimos sentiamus. Adsit Deus consiliis vestris saluberrimis, o proceres provinciae, eaque laetum eventum experiri patiatur. Servet vos omnes ac singulos cum splendidissimis familiis vestris in exoptato fortunae statu, omniumque bonorum cumulo auctos, in arduis rebus alacriores semper efficiat, ut ubique locorum patriae salus cum vestra arctissime conjuncta, feliciter promoveatur. Interim Deo t. o. m. pro exantlatis hisce laboribus, studiisque academicis feliciter absolutis gratias immortales devota mente persolvo, eumque indefessis precibus invoco, ut omnia mea coepta imposterum providentia sua divina ita dirigere velit, ut vergant in sui nominis gloriam et summae majestatis patriaeque, si aliquando ipsi placuerit, commodum et emolumentum, meamque salutem, cui immortali Deo sit laus, honor et gloria in saecula saeculorum.

TANTUM.

DISPUTATIO TRIGESIMA PRIMA

DECADES DUAE

CASUUM CONTROVERSORUM.

D. 12. JUN. AN. MDCCVI.

RESPONDENTE

JOHANN. SIGISMUND. DURFELD, MAGDEBURG.

CASUS I.

Legatum annuum, ex certa re solvendum, si semel fuerit cum re extinctum, an, restituta re rursus reviviscat?

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 16. *seqq.*
Responsio ad rat. dubitandi. n. 29. *et seqq.*
Decisio. n. 40.

1 Anno 1584. Zobelius ultima voluntate disposuit, ut ex salinis suis in Helvetia solventur annui 500. thal. collegio novo evangelico, tunc temporis Augustae Vindelicorum instituendo: transegit, mortuo testatore, vidua cum senatu, ut legatum solveretur, quamdiu quidem salinae in eadem bonitate permansurae essent: caeterum si deteriores fierent, vel plane interirent, dictum quoque legatum extingueretur. Solutum erat illud legatum ab haeredibus usque ad annum 1626. Ex quo tempore salinae coeperunt decrescere, eum in modum, ut mox anno 1628. aqua plane dulcesceret. Possessor autem ejus multis sumptibus tentavit in eo loco aliam quaerere scaturiginem aquae salsae. Invenit quidem anno 1635. venam, cujus tamen aqua non aliter praestabat usum, quam ut sal marinum aqua isthac coctum, redderetur album cum concessione status sive cantonis bernensis. Interea collegium evangelicum ab anno 1626. legatum annuum nec accepit, nec petiit. Restituta autem aliquo modo salina, controversia mota: annon propter restitutionem salinae, 2 et nunc inde provenientem utilitatem, possessor praesens teneretur annuum legatum 500. thaleror. praestare?

Videbatur quidem possessor obstrictus ad solvendum 3 legatum, non tantum ex tempore rei restitutae, sed et quoad tempus praeteritum, quo solutum non fuit: quia prima testatoris voluntas manifeste et sine restrictione erat concepta, nisi quod illo casu legatum retineri secundum verba testamenti potuisset, si novi collegii institutio non fuisset sequuta: caeterum de salinae decremento nihil dixerat testator: jam vero ultima voluntas restringenda non est, sed potius amplianda, *per l. in testamentis.* 12. *ff. de r. i.* Quemad- 4 modum et in alio testamento anno 1618. filiis praelegebatur salina quaestionis, sub hoc expresso onere, ut hi annuos 500. thal. collegio evangelico solverent, nulla restrictione subjecta, sed simpliciter legati solutio injungebatur. Jam vero generaliter dictum generaliter debet intelligi *per l.* 1. §. *generaliter.* 1. *ff. de legat. praest. contr. tab.* Nec unquam a voluntate 5 testatoris recedendum, nisi manifesto appareat, illum aliter sensisse, quam dixit. *l. non aliter* 69. *ff. de leg.* 3. Imo licet tacitam limitationem extinctae salinae subintellexisset, tamen ea in tantum restituta, ut 6 ad solutionem hujus legati sufficiat; hinc praesumendum est, testatorem hoc casu ad minimum praestationem legati renovatam voluisse. Quilibet enim testator id intendit, ut legata a se constituta non destruantur, sed quovis modo conserventur. *arg. l. quo-*

ties 12. *ff. de reb. cred.* Didac. Roderic. *de conjectura testament. def. lib.* 4. *cap.* 2. *n.* 6. Quare semper, emergente casu in testamento a testatore non expresso, id sequendum, quod credibile est, sensisse vel cogitasse testatorem. *l.* 24. *ff. de reb. dub.* Sed credibile est, eum voluisse, ut legatum illud quocumque casu possibili collegio evangelico solvatur, qui casus possibilis jam in salina de novo reperta existit. Praesertim, quia hoc legatum piae causae manifesto favore gaudet, qui favor piae causae semper attendendus. Carpzov. *jurisprud. eccles. lib.* 3. *def.* 86. *n.* 15. *seq.* Jul. Clar. §. *testamentum. qu.* 7. Et legatum piae causae relictum, tamquam favorabile, late est interpretandum. Menoch. *lib.* 4. *praes.* 106. *n.* 33. Johan. de Castillo *de conject. ult. volunt. cap.* 32. *n.* 32. Thesaur. *quaest. forens. lib.* 3. *quaest.* 9. *n.* 10. Cumque conservatio collegii evangelici jam non sit minus necessaria, quam fuit tempore facti testamenti et legati relicti, idcirco ipsum quoque legatum adhuc dum subsistere debet, nam durante adhuc causa finali legati, durat etiam ipsum legatum, quamvis causa impulsiva non amplius duret. Carpzov. *p.* 3. *const.* 9. *def.* 20. Accedit, quod salina praesens non possit pro nova haberi, est enim ea in illo districtu, qui legato hoc oneratus est, reperta. Indeque, cum hic puteus sit accessorium istius loci, atque surrogatum prioris salinae, ideo etiam onus principali rei cohaerens ex eo solvendum. Nam surrogatum naturam ejus, in cujus locum est surrogatum, recipiat oportet. Card. Tusch. *pract. conclus. lit. s. concl.* 787. Tiraquell. *de jur. primogenit. qu.* 55. *n.* 1. Qui effectus surrogationis etiam in actibus ultimae voluntatis, et in actibus piis semel exserit. Gomez. *ad* §. *fuerat.* 29. *n.* 5. *inst. de action.* Huc pertinet, quod in jure constitutum, si ex certo fundo quotannis certa alimenta relicta, ut ex redditu fundi illa alimenta praestentur, et postea ex illo fundo minores redditus provenerint, quam est quantitas alimentorum, supplendum esse illum defectum ab haeredibus. *l. Lucius Titius* 12. *ff. de alim. legat.* Quia e. piae causae aequalis favor, qui alimentorum est, idcirco secundum dispositionem juris videntur haeredes obligati ad supplendum id, quod hactenus defuit salinae, quo minus ex ea posset legatum solvi.

Pro possessore autem militabant plura et fortiora argumenta. Quia in testamento non simpliciter 500. *Rthl.* sed cum restrictione ad salinam legati erant; sunt enim haec ejus verba: *Ich vermache alle jahr aus der Nutzung des Saltz-Brunnens in der Schweitz, so lang meine Erben solchen haben, jedes jahrs* 500. *Rthl. etc.* Ubi non demonstrative, sed restrictive salinae fit mentio, ex quo infallibilis conclusio fluit, quod, fructibus salinae deficientibus, deficiat legatum solvendi obligatio, per textum evidentem *in l. cum certus numerus.* 5. *ff. de tritic. vin. ol. leg. et ibi dd. it. per leg.* 8. §. 2. *ff. de legat.* 2. Castrens. *cons.* 339. *n.* 3. et alii allegati a Surdo *tr. de aliment. t.* 4. *qu.* 26. *n.* 2. Ex eo vero apparet, quod salina restrictive sit legato adjecta, quia primum salinae, deinde in eadem oratione legati fit mentio. Surd. *de aliment. d. qu.* 26. *n.* 2. B. Brunnemann. *in comment. ff. ad l.* 5. *de tritic. vin. vel. ol. legat.* Unde si ob diminutos redditus legatum diminuitur, ex necessaria consequentia fluit, quod re penitus perempta, onera rei cohaerentia simul tollantur, *arg. pr. inst. de usufr.* Principali enim destructo et cassato, corruit accessorium. *l. cum principalis.* 178. *ff. de r. j.* adeo, ut omnia inde dependentia tollantur. *l. Pomponius.* 13. §. *fin. ff. de acquir. poss.* Vultej. *consil. Marpurg. v.* 2. *consil.* 5. *n.* 123. Et hoc ipsum quod in se jam est juri conforme, per transactionem inter viduam testatoris et senatum anno 1589. expresse conventum est: scil. *Dass solches legat, wann dieser Saltz Brunnen vor beschehener Verkauffung in solchen Abfall kaeme, dass er nicht mehr so viel Nutzen trüge, nicht mehr gultig und kraefftig seyn soll.* Quae transactio auctoritatem rei judicatae habet, et hinc non rescindenda. *l. non minorem.* 20. *c. de transact.* Cui accessit lapsus plus quam 70. annorum, intra quod tempus numquam impugnata fuit transactio, cum tamen alias transactio, etiamsi nullitate laborare dicatur, quod tamen in hac transactione juri communi conformi ostendi nequit, intra 30. annos impugnanda fuisset. *arg. l. sicut.* 3. *c. de praescript.* 30. *annor.* Carpzov. *p.* 1. *c.* 26. *d.* 21. Gail. *lib.* 1. *obs.* 127. *n.* 8. Et quamvis hoc in casu collegio tamquam corpori pio 40. anni concedantur. *per auth. quas actiones. c. de ss. eccl.* nihilominus tempus illud jamdudum praeterierat. Quemadmodum etiam per 40. annos memoratum legatum ne quidem petitum fuit, adeo, ut etiam ex hoc capite praescriptione quadragenaria jus petendi fuerit extinctum. Jam vero certum est, salinam illam plane interiisse; et licet postea magno labore et sumptibus alia reperta fuerit, tamen semel extinctum legatum nequit redintegrari: notum enim est, rem semel extinctam non reviviscere. Surd. *de aliment. tit.* 8. *privil.* 65. *n.* 2. Cardin. Tusch. *pract. concl. lit. e. concl.* 676. Unde semel sublatis aedibus, ex quibus debebatur ususfructus, aliut ipse testator alias novas restituerit, non tamen revivisceit ususfructus. *l. quod tamen* 10. §. 1. *ff. quib. mod. ususfr. fin.* Sine dubio quoque testator ad statum praesentem illius temporis respexit, cum in unaquaque dispositione praesens rei status, non futurus, sit attendendus. *l. uxori* 33. §. 1. *ff. de leg.* 3. illa enim, quae postea superveniunt, non comprehenduntur sub legato, *l. si scripsisset.* 46. *ff. de leg.* 2. Ut adeo semper tam ratione personarum, quam rerum, verba ultimae voluntatis ad tempus praesens facti testamenti vel dispositionis sint referenda, non vero ad futurum. Joh. del. Castill. *de conjectur. et interpret. ult. vol. cap.* 49. *n.* 5. Menoch. *de praesumpt. lib.* 4. *praes.* 117. Mantica *de conject. ult. vol. lib.* 3. *tit.* 11. Sic etiam quaelibet dispositio hanc tacitam in se continet conditionem: rebus sic stantibus, vel in eodem statu manentibus. Tiraquell. *in l. si unquam c. de revoc. donat. n.* 166. *seqq.* Oldrad: *consil.* 241. *n.* 2. Mutato enim et alterato statu rei, mutatur quoque ipsa dispositio: Ancharan. *consil.* 394. *n.* 3. Quod procedit, etiamsi ad talem dispositionem accessisset juramentum: nam et hoc annexam habet conditionem: si res in praesenti statu manserit. Augustin. Barbos. *tract. de claus. usufrequent. clausul.* 129. *n.* 2. Bald. *in l. clari c. de fideicommiss.* Tandem quodlibet legatum stricte venit interpretandum, Mantica *de conject. ult. vol. lib.* 7. *tit.* 1. *n.* 13. Menoch. *lib.* 4. *praesumpt.* 106. *n.* 17. *seqq.* non enim testator praesumitur nimium voluisse gravare suos haeredes. *l.* 67. §. 8. *ff. de leg.* 2. Alciat. *de praesumpt. reg.* 1. *praesumpt.* 13. praesertim quando dispositio determinata est ad certa bo-

ne, a lata interpretatione est abstinendum. Simon. de Praetis *de interpretat. ult. volunt. lib.* 2. *solut.* 11.
28 *n.* 17. *versic. Item larga.* Quare et hoc legatum restrictive ad salinam, *quam testator habuit*, non autem absolute ad salinas, quas haeredes Dei et fortunae beneficio magno et sumptuoso labore inventuri sunt, directum videtur, de casu enim posteriori ne quidem cogitasse praesumitur testator, et hinc ad non cogitata ejus voluntas extendi non potest. Seraphin. *de privileg. juram. privil.* 119. *n.* 1.

29 Hactenus dictis non obstant, quae supra loco rationum dubitandi adducta fuerunt. Larga enim voluntatis ultimae interpretatio pro haerede quidem, sed non contra eum admittitur, utpote quem testator non praesumitur nimium voluisse gravare. vid. *n.* 27. Et hinc haeredis institutio largius interpretanda est, quam ipsum legatum, *arg. l. si te solum.* 27. *ff. de haered. instit.* Joh. del Castill. *de conjectur. ult. vol. c.* 32. *n.* 48. Neque negatur, onus praelegatae salinae, si in eodem statu illa mansisset, semper fuisse praestandum: sed postquam illa interiit, et alia magnis possessorum sumptibus inventa est, non mansit res eodem in statu, et per consequens dispositio testatoris ad casum novum et inseparatum non potest extendi, per
30 ea, quae dicta sunt *n.* 23. *seqq.* Sic praesumptioni tacitae extensionis, de qua *n.* 6. obstant aliae fortiores praesumptiones, quod testator secundum statum illius temporis disposuisse censeatur. *per d. n.* 23. Quod non censeatur nimium gravare voluisse haeredes, vel etiam ad non cogitata voluntatem suam extendisse. *per n.* 28. Et quod unusquisque testator tamdiu conservari velle legatum praesumatur, quamdiu ipsa res, ex qua legatum praestandum, conservatur, *per*
31 *n.* 18. Recte itaque negatur, credibile esse, quod testator voluerit omni modo possibili legatum valere; nam eo ipso, quo restrictive voluit, ex fonte salinario legatum praestari, interempto hoc, legatum ipsum
32 extinctum voluit. vid. *n.* 16. *et* 17. Quare, utut pia causa semper sit favorabilis, tamen ei nullum debebitur legatum, si voluntas testatoris deficiat. Carpzov.
33 *lib.* 6. *resp.* 11. *n.* 9. Immo sola pietas, non accedente legis auctoritate, non efficit, ut quis valide obligetur, Carpzov. *d. lib.* 6. *res.* 33. *n.* 15. praesertim cum haec extensio ad magnum praejudicium filiorum institutorum tenderet, quos novum fontem multo labore et magnis sumptibus quaerere oportebat. Licet e. favor piae causae et ecclesiae sit maximus, attamen ad praejudicium tertii non est extendendus. *c. quid ergo.* 3. *c.* 23. *q.* 4. Felin. *in c. nonnulli. n.* 16. *x. de rescript.* Besold. *vol.* 3. *consil.* 94. *n.* 7. Ulterius hic observandum, quod fortior sit praesumptio pietatis paternae erga liberos, quam erga piam causam, ut sic in pari causa magis liberis, quam piae causae favendum. *c. quicumque ult. caus.* 17. *q.* 4. Et licet hic non
34 pauci dissentiant, qui piam causam pro magis dilecta reputant et hinc illam favori liberorum praeferendam existiment, Tiraquell. *de privil. piae caus. privil.* 17. *et in comment. ad l. si umquam c. de revocand. donat. verb. libertis. n.* 83. opinionem tamen hanc rejicit Fusar. *de fideicommiss. substitut. qu.* 393. *n.* 65. Imo hanc praeferentiam piae causae a pontificiis introductam esse opinione meriti et salutis animae, probat Lauterbach. *disp. de magis dilecto. c.* 5. §. 2.
35 Quia igitur, si pater quid relinquat filiis, hoc pietas est; et pietas etiam est, quod testator relinquit piae causae, ab utraque parte adest privilegium; jam vero privilegiatus contra privilegiatum non utitur privilegio, sed liberis potius favendum, qui per favorem piae causae damnum incurrerent. Menoch. *de praesumpt. l.* 4. *praes.* 189. *n.* 123. Sfort. Oddi. *de restit. in integr. p.* 1. *qu.* 18. *n.* 23. Nec quicquam operatur, 36
quod adhuc dum aeque necessaria sit collegii sustentatio, ac tempore conditi testamenti; quia sustentatio collegii non est simpliciter a testatore haeredibus injuncta: sed tantum ex certa re certum legatum relictum, qua re perempta, legatum amplius in praejudicium liberorum subsistere nequit. Pariter non erat 37
legatum hoc ex universitate rerum, quas testator a cantone bernensi in feudum habuit, aut ex districtu illo, in quo salina sita, sed in specie ex fructibus certi fontis salinarii solvendum. Sed nec ratio ex na- 38
tura subrogationis desumpta quidquam probat, quia subrogatum tantum naturam primordialem, non vero accidentalem, qualis hoc casu est onus praestandi legati, adsumit. Surd. *de aliment. tit.* 9. *qu.* 21. *n.* 22. Card. Tusch. *pract. concl. lit. s. concl.* 757. *n.* 53. Praeterea regula tantum procedit in subrogatione legis, non hominis. Tusch. *d. concl.* 757. *n.* 49. Tan- 39
dem nec alimenta debentur ultra fructus rei ex qua sunt solvenda, nisi haec res sit tantum demonstrationis causa adjecta. *arg. l.* 5. *ff. de tritic.* quemadmodum in allegata lege 12. *ff. de alim.* supponitur, quod certus fundus tantum pignoris gratia nominatus sit.

Ex quibus omnibus apparet abunde, quod collegium 40
evangelicum jus nullum habeat, petendi legatum annuum 500. thal. ex salina, non a testatore, sed ab haerede suis sumptibus reperta.

CASUS II.

Si ex scriptura quadam apparet, auctorem testari non voluisse, tunc subjecta clausula: ut, quacumque ratione potuerit, valeret, non inducit codicillum.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seq.*
Rationes decidendi. n. 8. *seqq.*
De praeteritione liberorum primi matrimonii. n. 18. *sqq.*
Decisio. n. 21.

Postquam Sempronia ex duobus matrimoniis filios 1
susceperat, et post secundi mariti mortem felici successu continuaverat oeconomiam; coepit ipsa consilium, liberos prioris matrimonii a suis in viduitate quaesitis facultatibus excludendi, atque has secundarum nuptiarum filiis solis reservandi. Quem etiam in finem, transactione certa cum prioris matrimonii liberis inita, hosce separare consta fuit, brevique tempore antequam moreretur, confessione quapiam judiciali memoratam transactionem confirmavit. Unde post 2
mortem ejus quaestio nata: an haec confessio judicialis tamquam ultima voluntas et codicillus valere posset? et si hoc: annon ob praeteritionem liberorum primi matrimonii isthaec voluntas invalida sit?

Et quidem primo intuitu, quoniam in judiciali hac 3
confessione circa finem adjecta verba: *hanc confessionem et declarationem, sive quocumque alius nomine*

juribus maxime conformi veniat, valere debere, quacumque possit ratione. Quae clausula: volo esse ratum, 4
quacumque ratione poterit, involvit clausulam codicillarem. *l. ex ea scriptura* 29. §. 1. *ff. qui testam. fac. poss.* Hinc videbatur, quod ista confessio ob eam clau- 5 6
sulam pro codicillo habenda. Indeque, cum ex multorum doctorum opinione dispositio, in qua liberi praeteriti, non attenta praeteritione, valida existimetur, si clausula codicillaris adjecta fuerit. Henric. Zoes. *ad ff. tit. de codicill. n.* 9. Barry *de succes lib.* 10. *tit.* 16. Jason. *in authent. ex causa. n.* 23. *c. de liber. praeterit.* Etiam praesens confessio pro valida voluntate 7
ultima videbatur habenda, cui nullum ex praeteritione liberorum posset opponi vitium.

Verum enim vero, quia omnis actus ex intentione 8 9
agentis dijudicandus. *arg. l.* 3. *ff. de reb. dub.* Unde etiam nemo, qui testari voluit, praesumitur voluisse codicillari. *per l.* 3. *c. de testam. milit. l. non codicillum* 14. *c. de testam.* In praesenti vero casu non ap- 10
paret, quod Sempronia sive testamentum sive codicillum condere voluerit. Siquidem ipsa expresse posuerat: scripturam quaestionis tantum declarationem et confessionem de transactione cum liberis primi 11
matrimonii inita, esse debere. Quare juris est, quod quamvis actus ita intelligendus, prout valere potest; hoc tamen non procedat, si ex ipso instrumento contraria voluntas appareat. Cardinal. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 2. *tit.* 3. *n.* 2. Quod hoc casu per 12
subjectam clausulam haud immutatur, non enim Sempronia dicit: ut valeat illa tamquam codicillus, sed saltem, ut confessio dicta valeat ex ratione, quacumque maxime valere possit: scil. ut per eam transactio 13
firmetur. Quemadmodum notum est, per clausulam codicillarem id tantum agi, ut salventur testamenta, quae jure directo subsistere non possunt, per *l.* 19. *ff. de testam. milit. l. posthumus.* 12. §. *fin. ff. de injust. rupto irrit. etc. l.* 13. *ff. de in offic. testam. l.* 14
29. §. 1. *ff. qui testam. fac. poss.* Hinc in specie id exprimere debuit testator, ut vim codicillorum scri- 15
ptura habeat, quae ut testamentum subsistere nequit. *l. ult.* §. 1. *c. de codicill.* jam autem Sempronia nullum per hanc scripturam testamentum aut codicillum condere voluit, et consequenter dicta clausula non potest pro codicillari, multo minus supra dicta judi- 16
cialis confessio pro codicillo haberi: sed potius mera confirmatio transactionis cum liberis primi matrimonii nulliter initae, itemque invalidae renunciationis affectata munitio permanet. Hanc vero transactionem et 17
renunciationem Sempronia per confessionem suam firmare, aut pro renunciatione valida maternae haereditatis, ob defectum requisitorum legalium, in praejudicium liberorum primi matrimonii, venditare non poterat.

Quo ipso quidem alterum quaestionis membrum de 18
impugnanda ultima voluntate ex capite praeteritionis sua sponte ruat necesse est. At vero etiamsi vel ma- 19
xime dispositio in vim ultimae voluntatis valeret, nihilo tamen magis per clausulam codicillarem ob praeteritionem liberorum firmari potuisset, adeo, ut et fideicommissum juxta communem dd. opinionem hoc casu evanesceret. *l. Titia* 13. *ff. de inoff. test. l. nec. fideicommissa* 36. *ff. de leg.* 3. Carpz. *part.* 3. *const* 9. *def.* 12. Quandoquidem ad minimum legitima titulo 20
institutionis etiam in testamento materno liberis prioris matrimonii relinquenda fuisset: alias enim testamenta inter liberos vitiosa sunt. Carpz. *part.* 3. *const.* 4. *def.* 21. jul. Clar. *lib.* 3. *sentent.* §. *testamentum. qu.* 8. *n.* 6. *et* 7. Hartm. Pistor. *p.* 1. *quaest.* 1. *n.* 12.

Ex quibus omnibus inferebatur: confessionem ju- 21
dicialem matris ultimam voluntatem non esse: immo, si esset, ob liberos tamen primi matrimonii praeteritos nullitate laborare, adeoque nec per clausulam codicillarem in vim fideicommissi salvari posse.

CASUS III.

De lite decreto principis decisa, occasione novi rescripti non impugnanda.

SUMMARIA

Casus. n. 1. *seq.*
Rationes dubitandi. n. 6.
Rationes decidendi. n. 10. *seqq.*
Decisio. n. 17.

Serenissimus elector brandenb. Christiano decimas feudales a principatu Halberstadiensi dependentes, sed 1
sub jurisdicti ne capituli magdeburgensis sitas, gratiose concesserat. Quam concessionem capitulum halberstadiense impugnare conabatur. Postquam autem 2
ab utraque parte, Christiani scil. et capituli, binis scriptis decertatum esset, sequebatur decretum serenissimi, quo praetensiones capituli pro invalidis declaratae, et Christiano decimae adjudicatae fuerunt, subjuncto mandato, ne amplius a capitulo impetranti molestiae fierent: quemadmodum et Christianus dein acto ipso immissus fuit. Ulterius autem Christianus 3
has decimas cum suae serenitatis consensu transferebat in Samuelem; in cujus gratiam serenissimus illas decimas feudales in emphyteusin commutavit. Opposuit vero se denuo capitulum halberstadiense pro ad- 4
ministranda justitia lis adversus novum possessorum resuscitata est, ac tandem, actis ad facultatem erffurdiensem missis, pronunciabatur: capitulo dandam esse possessionem, remisso Samuele ad petitorium, quod etiam eo modo executioni datum, atque Samuel de possessione dejectus, capitulum vero in eamdem immissum fuit, donec novo rescripto Samuel 5
immissionem rursus impetrasset. Unde quaestio occurrebat: an capitulo halberstadiensi; litem hanc semel per serenissimi decretum et decisionem peremptam resuscitare jus fasque fuerit?

Poterat opponere capitulum, quod aequitas stricto 6
juri sit praeferenda *l.* 8. *c. de judic.* Et hinc si prin- 7
ceps aequitatis ratione motus, retractari velit prius rescriptum, quod tunc posteriori standum sit. *l. fin. ff. de const. princ.* Retractatio autem hic a principe 8
permissa videtur, dum princeps per rescriptum regimini praecepit, ut illud secundum aequitatem et justitiam hac in re judicet; et sic denuo in merita cau- 9
sae inquirendi facultatem concessit, ut hinc capitulum jus litem resuscitandi habuisse videatur.

Verum enim vero contrariam opinionem omni dif- 10
ficultate carere, his non obstantibus, existimatum est. Etenim per decretum electorale res haec praevia causae cognitione et utriusque partis juribus consideratis 11
decisa fuerat; quod decretum deinceps electorali rescripto *de ao.* 1665. *d.* 1. *maj.* confirmabatur, nec ullum suspensivum remedium a capitulo fuerat interpositum, ut adeo decretum electorale vires rei judica-

12 tae acceperit capitulo patiente. Jam vero decretum principis non tantum jus facit inter partes, sed et pro lege reputatur, praesertim, si, ut in hoc casu, praevia causae cognitione princeps decreverit. *l.* 1. §. 13 1. ibi. *cognoscens decrevit ff. de constit. princ.* Et inexplicabilis foret litium finis, si judicata ita negligerentur et lites de novo redintegrarentur, *l. singulis* 14 6. *ff. de exc. rei jud.* Neque his adversatur, quod utique de novo capitulum a serenissimo rescriptum, ad regimen halberstadiense directum, impetraverit: 15 in quo jubetur, secundum justitiam et aequitatem in hac causa proceli. Ex hac enim clausula non potest ulla judicatae rei rescissio evinci: quandoquidem non aequitas cerebrina, sed legibus conformis intelligitur, juxta quam aequitatem, ob hactenus dicta, Samuel in 16 possessione tuendus erat. Adeoque judicatum praecedens per dictam clausulam hoc modo potius confirmatur; quando praecipitur, ut juri et justitiae convenienter in causa hac procedatur: jura autem nullibi permittunt, ut contra judicata judicetur, sed potius inde nullitas manifesta resultaret. *l.* 1. *c. quando provoc. non est necesse.* Hillig. *in Donell. cap.* 27. *c.* 2. *lit.* 1.

17 Igitur jus resuscitandi litem, per serenissimi decretum decisam, capitulo non competisse putamus.

CASUS IV.

De rescripto principis, quando vires rei judicatae accipere possit.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 12.

1 Sic ergo rescriptum principis, de quo in casu proxime praecedenti dictum, ideo contra halberstadiensis capituli intentionem pro valido habendum erat, quia transiverat illud in rem judicatam, non interposito suspensivo remedio. At vero capitulum putabat, rescriptum illud non potuisse rei judicatae vires accipere, licet remedia suspensiva, quae intra decendium 2 interponi debebant, omissa fuerint. Unde postmodum ul erius quaerebatur: an alicujus momenti esset, quod a capitulo urgeatur, rescriptum electorale, in quo causa decisa, pro simplici rescripto habendum esse, quod in rem judicatam transire non potuerit.

3 Fundamentum assertionis suae capitulum petebat ex *t. t. c. comminat. epistol. programm. auctor. rei* 4 *jud. non habere.* ubi haud obscure innuitur, quod rescripta principum, ab una parte impetrata, ordinarie vires rei judicatae nequeant adipisci. Matth. Co- 5 ler. *de process. execut. part.* 1. *c.* 2. *n.* 9. Quare nec rescriptum praesens a decimarum possessore impetratum, capitulo tamquam res judicata obstare posse videbatur.

6 Verum enim vero, quia in casu nostro rescriptum minime fuerat ab una parte extractum, sed audita parte utraque, a juribus tam a possessore decimarum quam a capitulo deductis, electorale saltem decretum 7 per modum rescripti datum fuerat; dd. autem unanimi consensu colligunt, quod quando causa plene cognita et desuper rescriptum publicatum fuit, hoc utique transeat in rem judicatam. Coeler. *d. c.* 2. *n.* 266. Carpzov. *process. tit.* 16. *artic.* 4. *n.* 52. *et part.* 1. *const.* 26. *d.* 19. Siehard. *ad l.* 4. *c. de sentent. et interlocut.* Immo hoc casu rescriptum amplius non 8 est, sed decretum, *l.* 1. §. 1. *ff. de const. princ.* de quo nullum est dubium, quin rei judicatae vires accipere possit. Accedit autem et geminatio rescripti: 9 nimirum fere integrum decennium post rescriptum decisorium alio rescripto istud confirmabatur; qualis 10 geminatio actus, ex intervallo vel longo tempore facta, deliberatam intentionem agentis, vel hoc casu serenissimi electoris concedentis enixam voluntatem indicat. Hering. *de fidejuss. cap.* 7. *n.* 471. Et omne vi- 11 tium sub et obreptionis excludit, Pelaez a Meres *de majorat. hisp. p.* 1. *qu.* 5. Cravett. *consil.* 549. *n.* 5. Wesenbec. *consil.* 211. *n.* 43. praesertim si rescriptum super eadem re, et inter easdem personas repetatur. Franc. Cremens. *singular.* 136. *n.* 1. Men. *de a. j. q. lib.* 2. *cas.* 202. *n.* 79.

Hinc nullum dubium erat, quin rescriptum quae- 12 stionis vires rei judicatae haberet, adeoque contra ejus decisum a capitulo agi non possit.

CASUS V.

De sententia etiam amissis actis valente.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n: 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6.
Decisio. n. 14.

Nova tamen sollicitudo, in causa per rescriptum prin- 1 cipis decisa, de qua hactenus, intervenire videbatur. Dubitabant enim partes, an acta processus, olim inter Christianum et capitulum halberstadiense de feudo quaestionis ventilati, integra adhuc produci possent. Quae res alii quaestioni ansam praebuit: an in casum 2 si memorata acta inter Christianum et capitulum in judicio gesta integra reperiri nequeant, nihilominus judicata et rescripta valorem suum retinerent?

Licet autem sententia ferri non possit, nisi partibus legitime auditis, et observato solito judiciorum 3 ordine. *l.* 4. *et* 7. *c. de sent. et interloc. cap.* 19. *x. de sent. et re jud.* adeoque omnis sententia acta judicia praesupponat, et formari debeat ex istis, quem- 4 admodum sententiam actis conformem esse oportere, tralatitium est. *clem. saepe vers. sententiam de v.* 5. de hac vero conformitate ex actis constare debet. Et 5 sicut nullum instrumentum referens sine relato probandi vim habet, *nov.* 119. *c.* 3. *auth. si quis in aliquo c. de edend.* ita nec sententia sese ad acta referens, sine his vires suas exserere posse videbatur.

Attamen quia amissio instrumenti causam non vitiat si aliunde de ea constet, *l.* 1. 5. *et* 6. *c. de fide instr. l.* 10. *c. eod.* Hottomann. *ad d. l.* 1. Sichardus *ad eamd.* 6 Et in praesenti casu nullum plane dubium erat, quin 7 acta quaestionis in judicio vere a partibus celebrata fuerint. Quandoquidem ipsum quoque rescriptum sere- 8 nissimi decisivum eorum manifestam mentionem faciebat, et simul innuebat, utramque partem sufficienter auditam esse. Pro tali vero rescripto merito praesum 9

ptio veritatis et solemnitatis militat, *arg. l. 14. c. de*
10 *contrah. stipul.* §. 16. *inst. de inutil. stip.* Et propter auctoritatem judiciariam praesumi debet, omnia legitime processisse. *cap. sicut nobis* 16. *in f. x. de sent. et*
11 *rejud.* Imo perspicuus textus est in *l.* 3. *c. de emancip.* ubi emancipatio semel legitime facta subsistit, etiamsi non amplius constet de caussa, qua motus pater emancipaverit. Conf. *dd. ad d. l.* 3. Insuper et ex alia ratione non obesset, acta periisse, quia sufficit sententiam semel juste latam esse, ut adeo capitulum sibi saltem imputare queat, quod in casu alicujus vitii in actis commissi, nihilominus per tantum tempus tacuerit, et
12 rescripto sive decreto principis acquieverit. Ex quali patientia et taciturnitate consensus praesumitur. *l.* 2. §. 2. *ff. sol. matr.* Vultej. *vol.* 1. *consil. marp.* 15. *n.*
13 136. Et actio judicati, quae ex tali decreto vel sententia nascitur, si in judicium deducenda sit, se fundat in sententia originaliter producta et vires rei judicatae adepta, quae sua auctoritate jam pollet, nec amplius ex prioribus actis aestimanda; cum satis notum sit, rem judicatam ex vero falsum, et ex falso verum efficere.

14 His ex rationibus concludebatur, etiam in casu, si acta judicialia inter Christianum et capitulum gesta reperiri amplius non possint, judicata et rescripta nihilominus firma existere.

CASUS VI.

De aqua a domino in suo fundo cum alterius damno intercepta.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 8. *seqq.*
Decisio. n. 15.

1 Publicola per fossam de novo confectam deduxit aquam per fundum suum fluentem in propriam piscinam noviter instructam cum damno Marcelli, in cujus pisci-
2 nam antea haec aqua fluxerat. Id vero Marcellus contra jus suum fieri existimans, movit quaestionem: an hujusmodi novitatem inducere, et aquam intercipere, Publicolae fas esset?

3 Equidem, secundum notissima jura, cursus ordinarius fluminis a privato mutari nequit, *per rubr. ff. ne quid in flum. publ. fiat quo aliter aqua fluat. etc.*
4 Inprimis si per illam mutationem alius laedatur, uti hic Marcellus per eam privatur commodo percipiendi aquam, quae derivabatur in suam piscinam, in cujus
5 possessione is hactenus quiete fuit. Nam quia jus quaesitum alteri ne quidem per principem auferri potest. *l. nec avus* 4. *c. de emanc. lib. l.* 2. §. 16. *ff. ne quid in loc. publ.* Petr. Ant. de Petra *de jur. quaesit. non tollend. c.* 32. *qu.* 2. *n.* 23. Et lucrum quaesitum alicui auferre perinde est, quam damnum inferre, *arg.*
6 *l. libertus* 26. *ff. de bon. libert.* Idcirco Publicola aquam intercipiendo, deteriorem piscinam Marcelli red-
7 dere non posse videtur. Cui accedunt literae reversales, quas Publicola Marcello dedit: ut si per piscinam noviter instructam Marcello adimantur aquae, illa rursus tollatur: talia vero pacta derogant libertati naturali.

Verum enim vero flumen hoc per fundum priva- 8
tum currens non publicum, sed privatum est, ut adeo cesset dispositio juris de flumine publico loquens *in allegata rubr.* Et in flumine privato nihil impedit, 9
quo minus dominus usum, quem alius hactenus ex eo percepit, sibi ipsi retinere, et aquam in proprios usus convertere possit, in terminis Mevius. *p.* 4. *decis.* 39. *n.* 4. *et* 5. Quemadmodum in jure manifesto cautum 10
est, quod liceat venas per meum fundum ad vicini puteum transituras praecidere, etiamsi ita vicini puteus aqua privetur. *l. fluminum* 24. §. *fin. ff. de damn. infect. l. Proculus* 21. *ff. eod. l. si in meo* 21. *ff. de aqua et aq. pluv. arc.* Rauchbar. *p.* 1. *qu.* 27. *n.* 4. Licitum enim est, in re sua suae utilitati, etiam cum 11
alterius incommodo, inservire. *l. sicut* 8. §. *Aristo* 5. *ff. si serv. vind.* Neque Marcellus adlegare hic poterit 12
jus quaesitum, cum, ut jure quodam et commodo in re mea utar vel non utar, mihi ab alio denegari non possit, si nulla servitus constituta. Dd. *in l. si manifesti* 7. *c. de serv. et aq.* Bartol. *in l.* 2. *ff. de flum.* Injuriarum enim tenetur, qui re mea me uti prohi- 13
bet *l.* 13. §. *fin. ff. de injur.* quod enim hactenus aquam per meum fundum derivatam in suos usus converterit, hoc ex mera amicitia ego passus sum, ut sic alter non nisi precarium jus praetendere possit. *l.* 1. §. 21. *ff. de aqu. pluv.* Mev. *ad jus lubec. lib.* 3. *tit.* 12. *artic.* 7. *n.* 13. Wesenbec. *consil.* 67. *n.* 22. Natura enim aequum est, tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. *l.* 2. *ff. de precar.* Reversales de- 14
nique literae non de hoc flumine, sed de alia aqua in aliam piscinam Marcelli fluente loquuntur. Jam vero literae reversales stricte sunt interpretandae, cum nemo juri suo praesumatur renunciasse. *l. emptor.* 47. §. *Lucius* 1. *ff. de pact.*

Unde aquam quaestionis in fundo suo intercipere Pu- 15
blicolae licere, existimamus.

CASUS VII.

An praescriptionis exceptio a judice ex officio suppleri possit.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3.
Rationes decidendi. n. 4. *seqq.*
Decisio. n. 17.

Guelphus socero suo Johanni ob debitum quoddam 1
975. flor. bona omnia, specialim vero civitatis Stargardiensis obligationem super pago K. sub clausula constituti possessorii, jure pignoris obligaverat. Postea cum Johannis haeredes ex hoc constituto possessorio agerent, atque mandatum manutenentiae impetrassent, ad instantiam adversae partis mandatum jam dictum rursus cassatum fuit, ex ratione, quod nec Johannes, nec successor ejus intra decemnium constituto possessorio usi, indeque illud jus per praescriptionem sublatum sit. Cum vero haec exceptio praescriptionis nec a Guelpho, nec ab haeredibus ejus allegata fuerit, in dubium vocabatur: an praescriptio a parte non 2
opposita ex officio attendenda esset?

Equidem alias, juxta multorum dd. opinionem, ju- 3

dex exceptionem praescriptionis ex officio supplere potest, si modo illa ex actis manifesta sit, licet neutiquam a parte opposita. Carpz. *p.* 1. *const.* 25. *def.* 1. Berlich. *part.* 1. *concl.* 58. *n.* 4. *seqq.* Klock. *tom. consil.* 121. *n.* 9. Praescriptio enim actionem ipsam tollit, ast sine actione judex neminem condemnare potest, Zanger. *de except. p.* 3. *c.* 20. Brunn. *ad l. unic. c. ut quae desunt advocat. n.* 5.

4 Verum enim vero, quia praesenti casu requisita praescriptionis ex actis minime apparebant, quandoquidem nec bona fides, quae tamen ex jure canonico et praxi moderna semper requiritur, *per c. fin. x. de praescript.* Myusing. *cent.* 4. *obs.* 6. neque legitimum tempus ex actis liquidum fuit, sine quo pariter praescriptio haud subsistere, multo minus debitorem liberare valebit. Liquida enim in actis debet esse praescriptio, alias debitorem non liberat. Zanger. *de except. p.* 3. *cap* 10. *n.* 19. Praeterea tempus, per quod constituto possessorio praescribitur, adhuc dubium est, unde Johannis haeredes antea desuper audiendi fuere. Quae ergo per se ex actis manifesto liquida non sunt, illa judex supplere non debet, dd. *in l. un. c. ut quae def. advoc.* In specie vero, si exceptio praescriptionis requirat altiorem indaginem, tunc debet etiam ulteriori discussioni reservare. Nicol. Boer. *decis.* 344. *n.* 2. Praecipue cum veritati magis sit consentanea illorum opinio, qui negant, quod judex ex officio exceptionem praescriptionis supplere possit, sed quod eadem opponenda sit. Joh. a Sande *decis. frisicar. lib.* 1. *tit.* 7. *def* 3. *in fine* ubi hanc sententiam veriorem dicit. Guido Papa *decis.* 221. *et quos allegat.* Boer. *decis.* 344. *n.* 1. Cum non ipso jure, sed ope exceptionis tollat actionem. Balb. *de praescript. p.* 1. *qu.* 8. *n.* 3. Hinc etiam exceptionem praescriptionis semper opponendam esse, dicit Boer. *de decis.* 344. *n.* 8. Ubi vero exceptione elidenda actio, judex ex officio agentem repellere non debet. Bartol. *in l. ubi pactum c. de transact.* Taceo, quod exceptio praescriptionis in meris factis consistat, in titulo scil. possessione, justo tempore, et continuata possessione, quae cuncta ab allegante praescriptionem probanda veniunt, immo et super bona fide inquirendum est, antequam judex in ea sententiam fundare queat. Quia igitur in actis quaestionis id observatum non fuerat, dum nulla requisita praescriptionis ibi deducta reperiuntur, multo minus Johannis successores desuper auditi fuere, specialim vero tempus ad praescribendum constitutum possessorium in iis non expressum.

17 Hinc praescriptionem a parte non oppositam judex hoc casu attendere non debuit, et consequenter haeredes Johannis restitutionem contra sententiam petere jure possunt. Quapropter, etiamsi praescriptio ex actis appareret, attamen caute procederet in pronunciando judex, si interruptae praescriptionis aut malae fidei probationem adversario reservet, e. g. *dass Klaeger nunmehr, da über* 30. *Jahr verflossen, mit seiner Klage nicht zuzulassen, er könte denn beweisen, dass Beklagter binnen solcher Zeit obiger Post halber in Anspruch genommen, oder sonst genugsame Wissenschafft von dieser Foderung gehabt haette, damit würde er in gewoehnlicher Frist billig gehoeret. V. R. W.*

CASUS VIII.

De praescriptione constituti possessorii.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Rationes de initio praescript. n. 2. *seqq.*
Rationes dubitandi de tempore. n. 10.
Rationes decidendi. n. 11. *seqq.*
Decisio. n. 17.

In casu praecedenti hoc etiam in controversiam vo 1
cabatur: annon praescriptio constituti possessorii a tempore possessionis a tertio occupatae demum caperet initium, et sic integros 30. annos requireret?

Quemadmodum autem haec quaestio duobus constat 2
membris, ita, quantum ad priu-, extra omne dubium est, praescriptionem ante inchoari non posse, quam possessio a tertio occupata fuerit. Etenim constituens 3
non suo nomine possidet, sed alieno; nam constitutarii nomine tantum in possessione est, quippe in quem per constitutum possessio translata, per *l. quod meo pr. ff. de acquir. poss.* tam civilis, quam naturalis. Mev. *p.* 5. *dec.* 159. *et dec.* 352. Penes constituentem enim nihil, nisi nuda detentio manet. Bald. *lib.* 4. *consil.* 166. Menoch. *consil.* 687. et hinc contra ipsum constituentem debitorem mandatum de non turbando deceni potest. Post. *de manutenent. observ.* 120. *n.* 13. Juris autem est, quod sine possessione 5
nulla currat praescriptio. *c. sine possessione de r. i. in* 6. *l.* 25. *ff. de usucap.* Praeterea constituens ob 6
scientiam rei alienae, et hinc ob malam fidem nullo tempore praescribi potest. *c. fin. x. de praescript.* Ne- 7
que constitutario ulla negligentia poterit imputari, quod non prius in judicio egerit, cum possessionem quis retineat etiam per alium, qui ejus nomine est in possessione, §. 5. *instit. de interdict. l. generaliter* 9. *ff. de acquir. possess.* Ut hinc praescriptio constituti pos- 8
sessorii locum invenire nequeat, antequam constitutarius possidere desinat, quod fit a tempore possessionis a tertio occupatae. Alias enim constituti praescri- 9
ptio non currit contra constitutarium, quamdiu constituens possidet. *arg. l.* 2. *c. de praescript.* 30. *annor.* Tiraquell. *tr. de constit. possess. p.* 1. *n.* 71. Bald. *lib.* 5. *consil.* 369. *in fin.*

Quod vero tempus concernit, quod ad praescriben- 10
dum constitutum possessorium requiritur: multi quidem dd. in ea sunt opinione, quod post decennium nihil operetur clausula constituti possessorii. Anton. Faber. *cod. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 10. Tiraquell. *de const. poss. p.* 3. *Lim.* 21. *n.* 1. et quos ibi citat Mevius *p.* 5. *d.* 160. *num.* 20.

Verum enim vero, sententia haec non potest Johan- 11
nis, qui creditor fuit, haeredibus praejudicare. Quandoquidem hi intra decennium a morte debitoris constituentis mandatum manutenentiae quaesiverunt et impetrarunt, ut ex actis manifestum fuerat, deinceps mortuo Guelpho, possessio non ad extraneum, sed ad vi- 12
duam superstitem pervenerat, quae tamquam haeres mariti possessionem continuavit, quaeque factum et promissum defuncti praestare tenetur, cum constitutum active et passive transeat in haeredem. Tiraquell. 13
d. tr. p. 2. *ampl.* 13. Thessaur. *decis.* 105. *n.* 2. Ne- 14
que enim vidua causam possidendi a defuncto ad se

delatam mutare potuit. *l. possideri.* 3. §. *illud* 19. *ff. de acquir. poss.* At posito quoque, constitutum possessorium hoc modo quoad effectum retinendae possessionis sublatum esse, attamen remedium recuperandae possessionis, ob derelictam, vel in alium a constituente translatam possessionem, salvum existeret, juxta *l. fin. c. de acquir. poss.* Recuperationi vero possessionis non citius quam per 30. annos praescribitur, uti communiter dd. colligunt. Marta Neapol. *digest. noviss. tom.* 3. *tit. constit. cap.* 7. Antonin. Thesaur. *decis.* 105. *n.* 6. Menoch. *remed.* 14. *recup. poss. n.* 68. Matth. de Afflictis *decis.* 139. *n.* 5.

17 Unde Johannis haeredes etiam post decennium ad recuperandam possessionem ex constituto possessorio sibi debitam intra 30. annos agere posse, existimatum fuit.

CASUS IX.

De vidua nobili in civitate habitante, an statutis loci obligetur?

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3.
Rationes decidendi. n. 4. *seqq.*
Decisio. n. 10.

1 Vidua quaedam nobilis in civitate quadam, ubi mariti defuncti bona allodialia sita et jurisdictione civicae subjecta erant, domicilium continuabat, et more aliarum foeminarum civicarum oeconomiae incumbebat, nullis antea confectis pactis dotalibus: cum ergo creditores urgerent solutionem aeris alieni a marito contracti juxta tenorem statutorum illius loci, vidua vero ad privilegia nobilium provocaret, et hinc se statutis civicis exemptam esse urgeret, in controversiam
2 deductum est: an privilegio nobilitatis se contra obligationem statutorum tueri possit?

3 Equidem certum alias est, privilegia nobilitati connexa vim suam non perdere, etiamsi nobilis in civitate degat, quia hoc ipso non mox subjicitur jurisdictioni senatus, et inde nec obligetur statutis, utpote quae se extra jurisdictionem statuentium non extendunt, Carpzov. *lib.* 3. *resp.* 1. *n.* 7. *et in jurisp. eccles. l.* 3. *def.* 8. *n.* 3. *et seqq.*

4 Hoc tamen non obstante, quia vidua jam dicta non noviter se in civitatem contulerat, sed domicilium a marito ibi constitutum continuaverat, hic vero jurisdictionem senatus agnoverat, omnino justum est, quod vidua idem forum cum marito agnoscere teneatur, quamdiu in viduitate manet *l. foemina* 8. *ff. de senator. c. ex parte bonorum. x. de for. compet.* sicut et vidua domicilium mariti retinet. *l. filius.* §. *vidua. ff. ad municip.* Georg. Natt. *comm. super statuto exclud.*
5 *foemin. q.* 4. *n.* 62. Ex quo ulterius sequitur, unumquemvis obligari statutis loci, ubi domicilium habet.
6 Modest. Pistor. *p.* 2. *q.* 85. *n.* 4. etiamsi tantum ad tempus tamquam incola ibi sedem suam constituerit, *l.* 5. c. *de incol.* Wesenbec. *vol.* 1. *cons.* 1. *n.* 42. Carpzov. *p.* 3. *constit.* 12. *def.* 16. *pr.* Lauterbach. *dis-*
7 *sert. de domicil. th.* 54. Quod idem etiam obtinet in civitate habitantibus, quod ligentur statutis illius civitatis. Mev. *ad jus lubec. qu. praelimin.* 3. *n.* 62. *et seqq.* Obrecht. *de jurisdict. lib.* 3. *c.* 11. *n.* 45. Nisi 8
forte nobilis in loco quodam libero seu jurisdictionis exempto habitet, *auff einem Frey-Hofe, oder in einem Frey-Hause*, tunc enim pariter ut forensis reputatur. Klock. *vol.* 1. *cons.* 10. *n.* 1. Et haec res in Po- 9
meranis, ubi praesens casus contigit, eo minus dubii habet, quia per conclusa nobilium illius loci *tit.* 7. expresse conventum, quod vidua nobilis, cui maritus nonnisi bona civitatensia et paratam pecuniam reliquit, nihil amplius, quam alia foemina civica praetendere possit. Cum ergo per statuta illius civitatis 10
foemina civica, cum liberis defuncti mariti in communione bonorum vivens, ad solutionem aeris alieni maritalis obligetur.

Hinc et in praesenti casu viduam, tamquam corream 11
debendi, ad solutionem aeris alieni obstrictam esse, reputatum fuit.

CASUS X.

De transactione impugnata, sed iterum allegata.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 15.

Martinus cum Daniele socero suo de haereditate so- 1
cerus transactionem iniverat, in qua simul omnes rationes, quas Martinus et Daniel ob nauticas negotiationes sibi invicem reddere debebant, sublatae fuerunt et cassatae. Hanc autem transactionem, quantum ad haereditatem socrus primum quidem ipse Martinus impugnare tentaverat, et dein cum socero, ob rationes navales actionem instituente, litem contestatus fuerat: sed postea idem Martinus conventionem illam de haereditate materna impugnare desiit, et in transactione acquievit. His vero peractis quaesitum est; an 2
postquam ab impugnatione transactionis, quantum ad haereditatem maternam recessum est, socero quoque, qui non obstante transactione, ex capite rationum reddendarum hactenus adversus Martinum in judicio egerat, ejusdem transactionis obstaret exceptio, et per hanc processus ille in totum tollendus esset?

Equidem is, qui transactionem quamdam impugnat, 3
eadem uti non potest, *l. si diversa* 14. *c. de transact.* quandoquidem juris est, quod contraveniens pro renunciante habeatur. Andreas Gail. *lib.* 2. *obs.* 60. *n.* 10. Nec ex eo quis debet fructum capere, quod nisus 4
est impugnare. *c. ex eo* 38. *de reg. jur. in* 6. Porro 5
quoque Martinus cum Daniele de rationibus navalibus litem contestatus fuerat, ac diu in judicio cum eodem litigaverat, omisse plane transactionis exceptione, ex quo sequi videtur, Martinum ei tacite renunciasse.

Verum enim vero, quoniam transactio tantam a jure 6
firmitudinem habet, ut ne imperiali quidem rescripto tolli queat, *l. causas.* 16. *c. de trans.* eademque 7
hoc casu per juramentum delatum, sed remissum, quod pro praestito habendum, eo magis confirmata, ut adeo citra gravissimam poenam a parte Danielis, quippe qui delatum juramentum susceperat, ipsa impugnari non possit. *per l. si quis major.* 41. *c. de*

8 *transact.* Neque vero transactio ex eo invalida fieri potuit, quod Martinus respectu maternorum se eidem opposuerit. Non potest enim illa non in suo vigore mansisse, ob id, quod Martinus ab impugnatione destitit, et in conventione acquievit; qui vero ab accusando destitit, jus suum espropter non amittit, *arg. l. Papinianus.* §. 8. *meminerint.* 14. *ff. de inoff.* 9 *testam.* Sic etiam non potest ex impugnatione transactionis alteri jus nasci, antequam ille impugnationem acceptaverit, ut ita pars utraque contrario placito a 10 transactione resiliat; est enim in transactione obligatio bilateralis, quae unius dissensu solvi nequit; quippe locum in transactione non habet poenitentia. *l. quamvis* 39. *c. de transact.* Card. Mantica *de tacit.* 11 *et ambig. convent. lib.* 26. *cap.* 1. *n.* 6. Jam autem Daniel non acceptavit impugnationem, sed potius semper respectu bonorum maternorum ad transactionem provocavit, eamdemque pro fundamento suae intentionis posuit: quod vero quis pro se probat, contra se improbare non potest, *arg. l. cum Papinianus.* 14. *c.* 12 *de sentent. et interloc.* Quia igitur in illa transactione omnes rationes navales perspicuis verbis in totum cassatae fuerunt, quae generalis transactio extenditur ad omnia, ad quae servata proprietate recti sermonis extendi potest. Bartol. et dd. *ad l. sub praetextu.* 19 13 *c. de transact.* Wesenbec. *consil.* 15. *n.* 80. hinc illa exceptio Danieli de jure poterat opponi, cum contra datam fidem agat, qui, quod transigendo remisit, petit. Et quoniam exceptio transactionis est peremptoria, quae ipsam actionem et intentionem perimit, c. 1. *de lit. contest. in* 6. non officit, eam a Martino non esse citius oppositam, nam ejusmodi exceptio in continenti probabilis etiam in ipsa executione opponi potest. Carpzov. *proc. tit.* 25. *artic.* 6. n. 49.

15 Exinde conclusum fuit, processum de rationibus navalibus hactenus ventilatum ob liquiditatem transactionis tollendum esse, et Danielem transactioni stare debere.

CASUS XI.

De rebus male in inventarium relatis, non obstante praescriptione, separandis.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 12.

1 Tres fratres Georgius, Henricus et Paulus anno 1604 per sententiam judicis feudorum quorumdam praeter ea, quae a majoribus suis jam ad se devoluta fuerant, possessionem obtinuerunt; qua tamen per aliam sententiam anno 1617. rursus privati sunt. Interea vero Henricus, qui solus ex fratribus suis uxoratus fuit, anno 1615. filiam primogenitam elocavit, dotem illi constituens eo tempore, quo adhuc in possessione feudorum amissorum erat. Postea anno 1621. diem supremum obiit, relinquens adhuc 5. filias, 3. filios: Quorum patrui paucis post annis parentem insecuti sunt; unde horum portiones in feudis ad Henrici filios devolutae. At vidua Henrici reliquas 5. filias ejusdem quantitatis dote promissa elocavit, quanta primogenitae fuerat data, eaque pecunia dotalis postea a filiis petebatur. Et quoniam memorata vidua anno 1627. inventarium condiderat sub nomine haereditatis mariti, in quod tamen relata fuerunt bona quaedam allodialia, quae filii post mortem parentis jure haereditario acceperunt ab agnatis, itemque Pauli et Georgii portio feudorum, qui tamen post Henrici obitum decesserunt, et hinc itidem jure haereditario non ad Henricum, sed ejus filios delata; hinc filiarum mariti non tantum residuum pecuniae dotalis, sed et editionem inventarii a matre conscripti petebant, atque hinc quaestio occurrebat:

An id, quod a matre in inventarium impertinenter relatum, adhuc eximi possit, et an hoc in casu ulla praescriptio locum inveniat? 2

Et quidem inventarium universale sit oportet, adeo, 3 ut etiam res apud testatorem depositae et commodatae in inventarium redigendae. Roland. a Valle *de inventar. haered. part.* 3. §. *portendae.* Bald. *in l. item videndum.* §. *nunc videamus in fin. ff. de petit. haered.* Pariter quoque constat, omnes actiones ad 4 summum 30. vel 40. annis expirare. *l.* 3. et 7. *c. de praescr.* 30. *annor.* Atqui vero post inventarium con- 5 fectum plus quam anni 40. praeterlapsi fuerunt, ideoque post tantum temporis spatium nullitas opponi non posse videbatur.

Verumtamen, quia certum est, quodlibet inventa- 6 rium ita ordinandum esse, ut indicet qualitatem et statum bonorum, quae fuerunt tempore mortis mariti. *l. fin.* §. 2. *c. de jur. deliber. l. in quantitate* 73. *ff. ad l. falcid.* Sed in casu praesenti bona tam allodialia 7 quam feudalia, quae ab agnatis provenerunt, nunquam ad Henricum ipso vivo delata, sed ad istius filios post mortem paternam proprio jure devoluta: et hinc res plane separatae sunt ab haereditate paterna, nec ad ejus inventarium ulla ratione referri possunt. Hic 8 vero juris est, quod talis res aliena, quae nullo penitus titulo, nec detentione, nec custodia ad defunctum pertinebat, plane non sit in inventario describenda. Monticul. *de inventar. haered. ad l. ult. num.* 42. *c. de jur. delib.* Frider. Prukman. *vol.* 1. *consil.* 34. *n.* 108. Quia igitur relatio harum rerum in in- 9 ventarium ab initio nulla est, non poterit ex postfacto validitatem adipisci. *l. quod ab initio.* 29. *ff. de r. j.* Neque merum tempus non impugnati inventarii 10 Henrici filiis praejudicare potest, quia hi semel dominium in rebus allodialibus et feudalibus nacti sunt, quod dominium nullo tempore intervertitur, si res ab altero praeter justum titulum bona fide non fuerit possessa. *cap. fin. x. de praescript.* Nec enim inventarium 11 modus est intervertendi dominium, aut facultatem usucapiendi in alterum transferendi.

Ex his causis istae res Henrici filiis jure haeredi- 12 tario delatae, tamquam res alienae, et quae nunquam in bonis parentis fuere, adhuc separandae sunt, cui separationi nulla praescriptio obstare potest.

CASUS XII.

Ex feudo ab agnatis accepto fratres sororibus dotem praestare non tenentur.

SUMMARIA

Casus. n 1.
Quaestio. n. 2.

Rationes dubitandi. n. 2.
Rationes decidendi. n. 4. et seq.
Decisio. n. 9.

1 In casu praecedentis decisionis, quantum ad filias, parum interesse videbatur, an feuda agnatorum ad Henricum patrem, an vero, ipso mortuo, ad ejus filios pervenerint: quandoquidem nihilominus bona feudalia aucta, et juxta eorum quantitatem proportionata dos ex iis solvenda. Haec res alii quaestioni locum
2 fecit: annon scil. juribus feuderum communibus conforme sit, quod feudum, ad agnatos quospiam delatum, ita libere devolutum censeatur, ut sororibus successorum feudalium ex bis nulla dos debeatur?
3 Haec autem quaestio ab omni dubio libera non existimabatur, fratrem enim ex feudis sororibus dotem constituere debere constat, quia haec dotis constitutio moribus Germaniae est onus feudi. Struv. *de feud. c. 14. th. 17.* Ludwell. *de feud. p. 155.* quod etiam agnati agnoscere tenentur.
4 Verum enim vero fratres in feudis, quae non a patre obvenerunt, sed ab agnatis post patris mortem ad hos devoluta sunt, sororibus dotem nullam debere, vel ex eo apparet, quod filiae nonnisi ex bonis paternis dotem petere valeant. *arg. l. neque mater. 14. et ibi dd. c. de jur. dot.* Unde saltim bona parentis, qui dotem debet, tacito nexu obligata sunt. Mev. *part.*
5 2. *d. 116. n. 1.* Et quamquam, praesertim in Pomerania, dos tale onus sit, ut non minus ab agnato solvi
6 debeat. Mev. *part. 3. dec. 366. n. 1.* Attamen hoc ita saltim intelligendum, si agnatus in illud feudum successerat, ex quo pater dotem promiserat, vel dare obligatus erat; sic enim onus reale sequitur possessorem.
7 v. Carpz. *p. 2. const. 46. d. 15. in fin.* Longe aliud ergo est, an frater ex feudis non a patre, sed ab agnato acceptis dotem solvere teneatur; cum enim pater ex hisce dotem nullam promittere potuerit, ob hoc, quod numquam ad se feuda sint devoluta, sed filiis
8 proprio jure post mortem patris acquisita. Hinc ex illis conditio sororum melior fieri non potest, cum de jure frater sororem ex suis bonis dotare non teneatur, nisi in casu inopiae saltem. *arg. l. 12. §. fin. ff. de administr. tut. et ibi* dd. Johann. Campegius *de dote p. 1. qu. 23.* Surdus *de aliment. tit. 1. qu. 52. n. 24.*
9 Liquidi ergo juris est, feuda agnatorum ad agnatos eatenus libere devolvi, ne successores sororibus suis dotem exinde constituere teneantur.

CASUS XIII.

An et quatenus princeps a senatu civitatis municipalis rationes exigere possit?

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. seqq.
Rationes decidendi. n. 7. seqq.
Decisio. n. 18.

1 Senatus certae cujusdam civitatis municipalis a plus quam 100. annis gaudebat facultate nonnullos camerarios eligendi, qui annuatim senatui una cum tribunis et centumviris de acceptis et expensis redderent rationes. Ulterius et idem senatus a tanto tempore usus est jure constituendi praefectum aerario contributionum, ab eodem quoque juramentum, nec non rationes de acceptis et expensis recipiendi, datis illi desuper quietantiis. Tandem etiam fiscum tributorum tres superiores ex dicto senatu administrarunt, qui de officio suo rationes, universi principatus thesaurario provinciali, per singulos annos reddiderant, apochas ab eo desuper accipientes. Verum postea princeps illius civitatis consilium cepit, exactius inquirendi in res camerae senatoriae, nec minus in contributiones et tributa, aliasque rationes argentarias, quem in finem serenissimus certos nominaverat commissarios, qui senatum ad rationes reddendas citarunt. Hic vero, an 2
ad has de jure adigi possit, in dubium vocabat.

Utut autem principi territorii ejusdem indubitatum jus competat, a magistratu inferiori de administratione sua rationes exigendi: et, si subditi per 3
administrationem illam graventur, remediis salutaribus incommoda hujusmodi tollendi, ad publicum status sui emolumentum. Besold. *p. 3. consil. 91. n. 28. def. 28. et seqq.* Officio enim principis convenit, e- 4
tiamsi statutum aliquod esset in contrarium, inaequalitatem, quae progressu temporis ex collectarum impositione oritur, corrigere et emendare. Francisc. de Clapperiis *caus. 87. qu. un.* pariterque prospicere, ne 5
tributa in alium usum impendantur. Klock. *p. 3. consil. 148. n. 74.* Ut adeo senatus onus rationum red- 6
dendarum a principe sibi impositum haudquaquam declinare videatur, de quo legi poterit Loseeus de jur univers. *p. 3. c. ult. n. 14.* Escobar. *de ratiocin. 42. n. 1.* Myler. *de statib. imp. c. 41. §. pen. et ult.*

Verumtamen, quia, quod ad res camerales attinet, 7
haec in patrimonio civitatis existunt, indeque jure privatorum possidentur. *l. in tantum 6. §. universitatis 1. ff. de rer. div.* Et ita quemadmodum privatus minime 8
tenetur principi rationes reddere de rerum suarum privatarum administratione *arg. l. 21. c. mandati* eodem 9
modo nec civitas, ejusdemque senatus de bonis suis civitatensibus aut camerariis ad hoc obligari poterit Mev. *ad jus Lubec. p. 2. tit. 3. n. 29. et seqq.* Matth. Stephani *de jurisdictione lib. 2. part. 2. cap. 2. n. 164. et seqq.* Heeser. *de ras. redd. loc. 3. n. 12.* Klock. *de contrib. c. 11. n. 49.* Cothmann. *vol. 3. resp. 8. n. 1. seqq.* Atque porro quantum ad tributa et contributio- 10
nes, senatus in immemorialis temporis possessione constitutus est, ut quaestorem contributionum ipse constitueret, ab hoc rationes exigeret, ex diverso rationes tributorum non alibi, nisi coram thesaurario provinciae universi principatus redderet. Talis vero possessio temporis immemorialis vi specialis privilegii pol- 11
let, *cap. super quibusdam 26. § praeterea x de verb. sig.* et idem valet, ac si princeps ex certa scientia tale 12
privilegium concessisset. Jason. *in l. de quibus 43. ff. de ll.* Garsias *de expens. cap. 9. n. 18. et seqq.* His 13
accedebant principum pacta et concessiones, quas senatus pro sua intentione roboranda produxit, quibus memoratus senatus firmum jus quaesitum adeptus est, quod princeps ipsi sine causa tollere vel immutare non potest. Petr. Ant. de Petra *de jure quaesito per princ. non tollend. c. 24. n. 33.* Jam vero, si ex privilegio 14
vel consuetudine receptum, ut civitatis res administrentur, et controversiae inter ipsos oppidanos componantur, hoc servandum, nec executiendae rationes a

principalibus vel regiis commissariis. Heig. *part.* 1. *qu.* 20. *n.* 12 *et sqq.* Sed nec adversus senatus gestam administrationem, aut receptionem rationum de rebus cameralibus et contributionibus, ulla legitima hactenus gravamina probata fuerunt, ob quae principem contra observantiam et pacta quid suscipere oportuerit. Quandoquidem rationes annuae tribunis ac centumviris semper ostensae, quo casu, si nihil opposuerint, de quo juste conqueri possint, administratores sunt liberati. Mev. *ad j. lubec. p.* 2. *tit.* 3. *n.* 32. Quemadmodum etiam durante administratione senatus, rempublicam deteriorem esse factam, ne quidem probabiliter adhuc demonstratum erat: quin potius contrarium vel exinde haud obscure colligebatur, quod senatus nulla debita nova contraxerat, nisi quod ad jussum principis mutatus fuit.

Ex hactenus ergo dictis illatum: quod senatus, concurrente omnium circumstantiarum certitudine, rationes exactas coram serenissimis commissariis reddere non teneatur. Aliter se res habet, si querelae civium de mala pecuniae publicae administratione ad principem perlatae, vel hic aliter probabilem perversae administrationis notitiam nactus fuerit, quid enim tunc principi permissum sit, fuse demonstratum est a dn. Praesid. *disp. de jure princip. circa exigendas rationes civit.* Interea tamen, si gravamina quaedam a civibus contra ipsum producerentur, petere senatus potest, ut haec antea communicarentur sibi, quo civibus querentibus debita remonstratione satisfacere valeret. Ubi vero nihilominus magni momenti gravamina superfuerint, senatus minime recusare posset, coram superiore de iis respondendi, ita tamen, ne cognitio ultra remotionem gravaminum extendatur. Quod si, his non attentis, senatus de facto et simpliciter ad reddendas rationes compelleretur, adeo ut nulla submissa supplicatione principi facienda haec iniquitas everti posset, liberum maneret senatui, talibus uti remediis juris, quae illic loci contra sententiam principum licita sunt ac permissa.

CASUS XIV.

An parens portionem filii, ante divisionem haereditatis maternae mortui, de jure saxonico sibi soli retineat?

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 5. *seqq.*
Decisio. n. 11.

Augustina, supremum diem obiens, reliquit liberos duos, ex quibus natu minor post quatuor hebdomades matrem sequebatur. Maritus cum per annos duos in viduitate mansisset, secunda vota ineundi consilium cepit, indeque superstitem filium, recepto more, separare voluit, portionem autem, quae filio demortuo ex haereditate materna debebatur, suam esse putabat. Ideo quaerebatur: an ejus intentio juris calculum pro se habeat; atque annon potius demortui filii haereditas superstiti fratri accedat, aut ad minimum in communem massam inferenda veniat?

Utut vero hic filius diu ante in vivis esse desierit, quam de divisione cogitatum fuerat: maritus quoque, secundum loci statuta, non prius ad dividendum cum liberis teneatur, donec ad secunda vota transeat: hoc vero tempore mortuus jamdudum fuerat filius, indeque in divisione portio, quam hic capere potuisset, non attendenda esse videtur.

Attamen quia certum est, quod haereditas materna mox a morte matris in liberos devolvatur, et ita acquisitio haereditatis non ex facta divisione, sed ex ipsa morte dependeat; atque hinc, etiamsi ignita non sit, nihilominus transmittatur. *l.* 19. *c. de jur. delib.* Quemadmodum prae reliquis in infante jura hoc ita disponunt, quod etiamsi pater ejus nomine haereditatem non adierit, tamen mortuo patre nihilominus haereditas ad hunc devoluta censeatur *l. si infanti* 18. §. 1. *c. de jur. delib.* Jam autem jure saxonico liberorum bona haereditaria sine distinctione parenti soli exclusis collateralibus deferantur. Ambros. Schurer. *de success. ab intest. tit.* 11. *rubric. de jure saxon. n.* 1. Benedict. Reinhard. *part.* 1. *different. jur. sax.* 29. Nec patri hoc casu praejudicare potest, quod antea cum liberis divisionem non instituerit, nam ex statuto loci separationem differre quoque potuit. Quoniam ergo statutum hoc in favorem patris disponit, ne ante secunda vota teneatur haereditatem dividere, hoc in ipsius odium et damnum non erit detorquendum *l. quod favore* 6. *c. de ll.*

Hinc existimatum fuit: maritum filii mortui portionem sibi soli retinere potuisse: licet juxta communia imperii jura superstes frater una cum parente in aequas partes concurreret.

CASUS XV.

De testamento reciproco ob concurrens fideicommissum non mutando.

SUMMARIA.

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 11. *seqq.*
Resolutio rationum dubit. n. 42.
Decisio. n. 50.

Fridericus, ex primo matrimonio liberos habens, cum uxore secunda, quam nomine Susannae indigitamus, reciprocum condidit testamentum, in quo testantes quidem se invicem scripsere haeredes, uxor autem in suo testamento disposuit, ut bona cuncta, quae a Friderico haereditario jure percepturа esset, rursus ad privignos post mortem suam reciderent. Idem hoc Susanna postmodum, praesertim Friderico aegritudine suprema laborante, diversis vicibus repetiit. Temporibus vero subsequentibus, postquam ad secunda vota transierat, mutato consilio, suam in testamento et alias quoque datam promissionem revocare tentavit. Ex qua re nata controversia; an Susanna, legibus salvis, hoc facere possit?

Sane in testamento Friderici clausula fideicommissum involvens nullibi reperitur, quare id nec praesumi posse videbatur: fideicommissum enim non praesumitur, sed ab allegante probandum. Mascard. *de probat. concl.* 775. *n.* 1. Et Susanna per dispositionem proprium ad hoc, ut res haereditario jure suas privignis relinque-

ret, neutiquam obligatur; cum nemo sibi in suo testamento possit legem dicere, a qua recedere non valeat, *l. si quis* 22. *pr. ff. de legat.* 3. Quod et obtinet, etiamsi quis in priori testamento clausulam derogatoriam subjecisset, tamen mutare ultimam voluntatem potest. Carpz. *p.* 3. *const.* 5. *def.* 19. Immo facultas testandi, et testamenta mutandi adeo libera est, ut ne quidem per contractum quis sibi eam adimere possit. *l.* 15. *c. de pact.* Ant. Faber. *cod. lib.* 6. *tit.* 5. *def.* 15. *n.* 2. Praeterea juris est, quod testamentum reciprocum non obliget superstitem, sed ab hoc libere mutari queat. Petr. Peck. *de testam. conjug. lib.* 1. *cap.* 43. *num.* 1. Gail. *lib.* 2. *obs.* 117. *n.* 2. Carpzov. *p.* 3. *const.* 2. *def.* 12. Atque adeo videtur, quod Susannae hoc casu de bonis ex haereditate mariti obtentis libera disponendi facultas competat.

His tamen non obstantibus, quia omnes circumstantiae id manifeste loquuntur, Fridericum voluisse, ut bona ex testamento ad Susannam perventura, post mortem hujus penes liberos suos permanerent. In fideicommissis autem voluntas spectatur, etiamsi ex verbis commode non appareat. Mascard. *de probat. vol.* 2. *concl.* 776. *n.* 6. Angel. Matthaeus. *de legat. et fideicommiss. c.* 3. *n.* 2. Quae voluntas in praesenti quoque ex eo colligi potest, quod parens Fridericus propriam domum suam Susannae uxori secundae dederit, quae tamen merito in familia manere debuisset. Nec credibile est, patrem aedes hasce in novercam ita transferre voluisse, ut liberi in perpetuum ab istis exclusi manerent. Ubicunque vero agitur de conservatione bonorum in agnatione vel familia, ibi praesumendum fideicommissum. Mascard. *concl.* 778. *n.* 6. Cephal. *consil.* 268. *n.* 4. Eadem illa voluntas a patre magis adhuc perspicue fuit expressa, dum ipse aegrotus in praesentia ministri ecclesiae confessionarii sui, Susannam rogavit, ut haec in testamento reciproco, et in eo, quod ibi promisit, acquiesceret. Quae verba eniam testatoris voluntatem, bona uxori relicta fideicommisso debere esse obnoxia, satis indicant. Verba enim desiderium testatoris denotantia, inducunt fideicommissum. Marc. Anton. Peregrin. *de jur. fideicommiss. artic.* 2. *n.* 48. Quamvis ergo in testamento nullius fideicommissi facta sit mentio, sufficit tamen, aliunde probari posse testatoris voluntatem, talis enim conjectura efficax est ad inducendum fideicommissum. Menoch. *de praesumpt. lib.* 4. *praesumpt.* 67. *n.* 17. Accedit clara novercae acceptatio, quando ea ad patris petitionem, ut testamento reciproco stetur, semper distincte respondit: *omnino.* Quod etiam postea eadem Susanna non una vice ratihabuit. Exinde vero pactum inter utrumque conjugem sat manifeste colligere licet. Friderici enim desiderium, quid ab uxore fieri velit, in aprico est, et de Susannae consensu in illud constat, quapropter hic duorum in idem placitum consensus, et consequenter pactum adest, juxta *l.* 1. §. 2. *ff. de pact.* Quia igitur ex universali consuetudine pacta super futura haereditate approbata sunt et valida, Andr. Kohl. *de pact. dotal. p.* 2. *n.* 70. Bartholom. Musculus *de success. convent. membr.* 1. *claus.* 1. *concl.* 3. *n.* 58. Gail. 2. *obs.* 39. *n.* 15. ac porro hodie ex quolibet pacto legitime inito validum jus agendi nascitur. Mev. *part.* 5. *decis.* 406. Carpzov. *part.* 2. *const.* 19. *def.* 17. *n.* 8. Inprimis quia juris est, quod ex tali conventione, et ita etiam ex actu inter vivos fideicommissum inducatur, praesertim si de voluntate constet, Francisc. Marzar. *tract. de fideicomm. part.* 2. *n.* 11. cui pacto semel inito novercа deinceps contradicere nequit, sed eidem obsequatur omni jure adstricta est. Nam quoties testator in ultima voluntate aliquid a futuro haerede desiderat, haeres autem non contradicit, sed potius adsensum praebet, ex hoc non tantum validum fideicommissum, sed etiam absoluta necessitas implendi voluntatem defuncti oritur, etiamsi nulli testes praesentes fuerint, per notabilem illam *l. fin. c. de fideicommiss. et* §. *fin. inst. de fideicom. haered.* Carpz. *p.* 3. *const.* 8. *def.* 40. quia ad solam voluntatis declarationem respexit hic imperator. Donell. *comm. cod. ad l. fin. de fideic. n.* 1. *et* 5. Sichard. *ad l. fin. n.* 15. Atqui voluntas testatoris in praesenti manifesta est, id quod ipsamet Susanna confessa fuit, aut adhuc, si ei justa *d. l. f.* jusjurandum deferretur, ad confitendum adduci posset. Tanto magis, quod ipsa voluntatem illam acceptavit, indeque vi juriurn hactenus allegatorum, eam implere tenetur. Sicut et casus praesens fere in terminis hoc modo a Jcto Papiniano decidituv in *l. unum ex familia* 67. §. *fin. ff. de legat.* 2. ubi testator ita caverat: *non dubitare se, quodcumque uxor cepisset, liberis suis redditurum;* et respondet, hoc pro fideicommisso reputandum esse. In qua lege porro notabilis haec ratio adjecta fuit: quod illa decisio summam habeat utilitatem, ne scil. honor bene transacti matrimonii, fides etiam communium liberorum decipiat patrem, *qui melius de matre praesumpserat.* Et in ipsa illa lege decisio his verbis claudi-tur: quod quamvis fideicommissi verba cessent, tamen sermo talis pro fideicommisso accipiendus sit. conf. Angel. Matthaeus. *tr. de legat. et fideicomm. c.* 3. *n.* 6. *versu*: *undecima.* Carpzov. *p.* 3. *const.* 8. *def.* 27. Peregrin. *de jur. fideicommiss. art.* 1. *n.* 48. Quae omnia huc applicari posse, evidens est. Ulterius in adimplenda testatoris ultima voluntate praecipue ad haeredis conscientiam reflectitur, non autem ad subtilitates juris recursus fieri debet, per §. *fin. in fin. in inst. de fideicomm.* Quemadmodum multa tragica exempla ob non impletam ultimam voluntatem recenset Petr. Rebuff. *ad constit. regni Galliae tract. de sentent. provis. praefat. n.* 85. praesertim si haeredes a defuncto in articulo mortis constituto hoc istudve rogati fuerunt; ultima enim morientium elogia juramenti vim habere solent. *arg. l. ult. c. ad l. jul. repet. confer.* Mev. *p.* 5. *d.* 46. Hinc contra defuncti voluntatem si quis egerit, jura pietatis violasse dicitur. *l.* 7. *c. de testament. manumiss.* unde omnino haeredem arctissime obligat. Et quia novercа ipsa ultimum istud desiderium testatoris acceptavit, quasi fidem dans de eodem implendo, hinc salva conscientia ab onere ejus implendi sese eximere nequit, cum turpe sit fidem fallere. *l.* 1. *pr. ff. de constit. pecun.* Et nihil tam conveniens fidei humanae et per consequens conscientiae, quam ea, quae semel placuerunt, servare. *l.* 1. *pr. ff. de pact.* Qua ratione vidua, et ex juris necessitate, et pro liberanda conscientia, Friderici voluntatem, per quam bona ex hujus haereditate quaesita, ad liberos ipsius recidere debent, implere tenetur.

Non ergo officit, quod pro adversa parte adductum; utut enim fideicommissum regulariter non soleat praesumi, attamen haud ignotum est, quod interdum etiam ex evidentibus conjecturis fideicommissum praesumatur, *vid. n.* 12. *seqq.* Carpzov. *p.* 3. *const.* 8. *def.* 7. Neque hic ex testamento fideicommissum praetenditur,

sed ex verbis paternis, quibus pater, supremo morbo adfectus, novercam, rogaverat, ut haec in testamento reciproco acquiesceret, et ita bona defuncti liberis ejus-
44 dem post mortem suam relinqueret. Hoc vero sponte sua corruit, quod adductum fuit, novercam posse pro arbitrio testamentum suum mutare; siquidem in praesenti de hoc non quaeritur, sed potius: an noverca a promissione marito agonizanti facta recedere valeat?
45 Quod ob validitatem fidei, et jura superius adducta negatur; negatur etiam quod nemo possit suo contractu sibi liberam testandi facultatem adimere, si scil. de
46 certa bonorum parte quaestio sit. Quia hoc modo quoad
47 residua nihilominus facultas testandi in tuto est. Sed nec ex moribus hodiernis absurdum est, per pactum sibi facultatem testandi adimere, uti ex pactis dotali-
48 bus de universitate bonorum conceptis perspicuum; sicut nec jure civili quilibet actus invalidus est, per quem testandi facultas adimitur, ut ex errogatione apparet. vid. Wissenbach. *ad ff. vol.* 2. *disp.* 16. *th.* 11.
49 Et tandem in thesi quidem certum est, quod testamentum reciprocum superstitem non obligat; in hypothesi vero id locum invenire nequit. Quoniam noverca fideicommissi conditionem semel approbavit, indeque juri suo circa mutationem testamenti quoad bona illa fideicommisso obnoxia, renunciavit.

50 His praemissis facilis erit decisio: quod scilicet Susanna, salvis legibus, salvaque conscientia, testamentum reciprocum, quantum ad bona a Friderico accepta, mutare nequeat.

CASUS XVI.

De possessore contra statutum civitatis in possessione manutenendo.

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 8. *seqq.*
Decisio. n. 14.

1 Henricus nobilis quidam, in suburbio civitatis T. *anno* 1649. horreum et aedes ad culturam agrorum et sustentationem pecudum exstruxit, simulque a Senatu facultatem obtinuit, pascendi pecudes suas separatim per peculiarem pastorem, in communibus tamen civitatis pascuis. Quae concessio quoque a Sueciae majestatis regimine, quod ibi tunc temporis fuit, confirmatum erat, in tantum, ut Henricus illo jure usque ad supremam diem suam tranquille usus fuerit. Post hujus vero obitum superstes vidua aedes illas et horreum specialim cum jure jam memorato venditionis titulo transtulit in Casparum, cui a venditrice coram senatu publice traditio facta. Casparus deinde hujus juris possessionem occupat, et licet *anno* 1663 pignoribus captis ei prohibitum fuerit, ne amplius hoc pascendi genere uteretur, nihilo secius, mandante senatu pecudes pignoratae restituebantur, ipseque in tranquilla possessione remansit per annos 8. donec *anno* 1670. secunda vice animalia ejus a civibus includerentur. At vero contra factum hoc mandata poenalia a regimine electorali brandeburgico impetrabantur; pars adversa vero cum sua praetensione remitte-
2 batur ad petitorium. Quare hic quaestio occurrebat: an Casparus in possessorio fundatam intentionem haberet, et hinc de jure manutenendus esset?

Utut vero ab adversariis oppositae fuerint civitatis T. 3
consuetudines, secundum quas nemini fas est, proprio 4
pastore uti. Possessio autem, quae contra prohibitionem statuti est, improba dicitur et non manutenenda. Virgin. de Boccat. *tr. de interdict. cap.* 4. *n.* 4. 5
ut hinc ipsa civitas in possessione libertatis et juris pignorandi esse videretur, praesertim cum Casparo nullum possidendi titulum legitime quaesitum esse, acriter urgeret; nec enim senatus sine populi consensu civitatem obligare potest, Mev. *part.* 2. *decis.* 36. *n.* 3.

Attamen haec omnia nullius momenti existima- 6
bantur; quandoquidem notum, quod in possessorio summariissimo, de quo hic controvertitur, simplex possessio sine consideratione tituli spectetur. Nam et titulum non habenti datur regulariter mandatum de manutenendo. Post. *de manutenentia part.* 2. *decis.* 646. *n.* 36. Atqui vero extra dubium erat, Casparum 7
in possessione esse: senatus enim post primam turbationem et pignorationem pro ipso judicaverat, ut tamdiu in possessione relinqueretur, donec pars al- 8
tera jus suum deduxisset. Jam autem verus possessor efficitur, qui impetravit decretum, ut tamdiu in possessione maneat, donec in principali lite aliud decidatur. Caesar. Conterd. *ad l. un. in rubr. n.* 11. *sqq. c. si de moment. poss. appell.* Unde certum, quod Cas- 9
parus de possessione sua non sit dejiciendus, quamdiu altera pars in petitorio non probaverit suam intentionem; nam nemini adimenda possessio, sed pro ea potius in dubio judicandum. §. 4. *inst. de interdict. c. cum ecclesia* 3. *infin. x. de caus. poss. et proprietat.*
Neque vero relevat adversam partem, quod de statuto 10
civitatis superius adductum fuit: ob conclusionem enim magistratus, id male ad casum praesentem applicatur. Indeque juris est, quoties is, qui est in pos- 11
sessione, adjuvatur praesumptione alicujus tituli (ut praesenti casu concessione magistratus) defendendus etiam contra statutum in illa possessione, donec pars adversa doceat de jure suo. Ludovic. Post. *de manuten. obs.* 44. *n.* 21. Et longe alia ratio est, an possessor se tueri petat contra principem, an contra civitatem; ibi omnino opus est titulo, non hic, quia civitas subest administrationi senatus, hinc titulus pro colorando possessorio sufficere potest, si quis senatus consensum pro se habeat. Utut vero hic non sufficiat ad alienationem rerum civitatis *l.* 3. *c. de vend. reb. civit.* Losaeus *de jure universit. part.* 3. *c.* 8. *n.* 13. *et seqq.* Sufficit tamen, ut quis in possessorio summa- 12
riissimo obtineat, praesertim si per aliquot annos in possessione fuerit: Post. *observ. n.* 44. *n.* 23. Multominus attentatae pignorationes possessioni nocere possunt, quae pro meris turbationibus habendae veniunt, quippe cum eis statim contradictum, atque decreta et mandata contraria pro retinenda et defendenda possessione impetrata fuerunt. Non enim nocet turbatio, 13
si statim adeatur judex, Post. *d. tract. obs.* 17. *n.* 83.

Quapropter Casparus in obtenta, et decretis ac man- 14
datis firmata possessione manutenendus erat, donec adversa pars jus suum in petitorio legitime probatum daret.

CASUS XVII.

De privilegio pascendi sine consensu civium concesso, quando subsistat?

SUMMARIA

Casus. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 7. *seqq.*
Decisio. n. 18.
Resp. ad rationes dubitandi. n. 19. *seqq.*

1 Quamquam autem in praecedenti decisione ostensum fuerit, possessionem Caspari justam esse, partemque adversam ad petitorium remitti debere, nihilominus, quia cives in judicio ordinario facile se suam intentionem probare posse confidebant, idcirco proximum
2 erat, ut decideretur quaestio: an senatus T. in praejudicium civium sine eorum consensu Henrico jus separatim pascendi concedere potuerit?

3 Civitas consuetudinem in tota provincia receptam allegabat, vi cujus nemo peculiari pastore pro pecudibus suis uti potest; quod in specie confirmabat sta-
4 tutum T. Jam vero ea, quae contra claram juris dispositionem fiunt, vel concedantur, nullam firmitatem
5 habent, *per l.* 14. §. 1. *in fine c. de ss. eccles.* Et ita sine consensu civium tamquam interessentium et jus ex consuetudine et statuto quaesitum habentium, senatus nihil disponere potuit, cum nemini jus suum detrahi oporteat. §. *f. versu*: *dominorum quidem.*
6 *inst. de his qui sui sunt etc.* Inprimis, quia haec concessio ad totius societatis praejudicium tendit.

7 Verum enim vero, quia Henricus, et post eum Casparus, ultra tres mansos agri ad civitatem Treptoviensem pertinentes habuerat, ex quo dd. juris communiter colligunt, quod qui tres mansos habet, per proprium pastorem pecora sua pascere possit: Carpz.
8 *part.* 2. *const* 41. *def.* 7. *et ab eo allegati.* Nec tantum in Saxonia, sed etiam in Pomerania usitatum, ut si quis mansos quatuor possideat, iique medii inter alios agros siti sint, cum in modum, ut in iis dominus pascere nequeat, nisi per aliena praedia pecudes agat, tunc ille etiam in communibus agris fundatam intentionem in jure pascendi habeat. dn. Mevius *part.* 1.
9 *decis.* 28. Quapropter senatus legitimam causam impulsivam habuit, istud jus Henrico concedendi. Concessiones autem magistratus observantiae communi ac
10 juri non contrariae omnino validae. Praesertim, quia ex hac concessione ne minimum quidem damnum aut
11 praejudicium civitati nascitur: quandoquidem alias sufficientes agri sunt, in quibus pecudes civitatis
12 abunde pasci queunt. Immo Casparus sancte promisit, se hoc jure ita usurum, ne per illud, sive toti civi-
13 tati, sive ulli privato noceatur. Unde huc pertinet nota, et maximam aequitatem continens regula juris: quod tibi non nocet, alteri vero prodest, ad id compelli poteris, aequitate hoc suggerente etiamsi jure deficiamur. *l.* 2. §. 5. *vers. quamquum ff. de aqu. pluv.*
14 *arcend.* Cui accedit, quod dictum pascendi jus non tantum civitati non nocet, sed etiam ei quodammodo prosit; quia scil. Casparus alias pecudes et pabula in ipsa urbe servare teneretur, ex quo facile incendium atque gravissimum civitatis damnum oriri pos-
15 set. Dein concessio haec a suecicae majestatis, cui tunc temporis civitas T. subdita erat, regimine *anno* 1649. *d.* 16. *octobr.* confirmata fuit. Quae confirmatio superioris concessioni senatus plenam auctoritatem tribuit, *arg. l.* 3. *ibi*: *imperiali auctoritate c. de vend. reb. civit.* Losaeus *de jur. univ. p.* 3. *c.* 5. *n.* 13. *seq.* ut adeo de ejus validitate amplius dubitari non possit. Insuper haec confirmatio superioris audita 16
parte altera accessit, quod praesenti casu factum esse constat; nam *d.* 25. *aug. anno* 1649. Regimen ad civitatem rescripsit; ut haec aut pasturam permitteret, aut intra 14. dies causas allegaret, cur nolit, quo postea ulterius de hac controversia disponi possit. Post 17
haec *d.* 16. *nov.* demum confirmatio secuta fuit. v. Mantica *de tacit. et ambig. convent. lib.* 4. *th.* 8. *n.* 20. Civitas autem acquievit, et quadriennium pro petenda restitutione *ex. l. respublica* 4. *c. ex quib. causs. major.* etiam ter elabi passa est.

Igitur pro hoc jure pascendi Casparo competente, 18
etiam in petitorio judicandum esse, existimatum fuit.

Nec ad rem pertinet, quod loco rationum dubitandi superius allegatum fuit; etenim adducta consue- 19
tudo et statutum ita saltem intelligi debent, quod nemo propria et privata auctoritate per proprium pastorem pecudes suas pascere possit. Quo ipso tamen 20
concessioni magistratus et confirmationi superioris nullum ponitur impedimentum. Et quia supra quoque 21
n. 10. *sqq.* probatum est, hoc jus civitati nullum damnum adferre, hinc neque civium expressus consensus de necessitate fuerat; sufficit enim illos tem- 22
pore datae confirmationis acquievisse, et per patientiam tacitum consensum suum abunde contestatos esse.

CASUS XVIII.

De jure pascendi, an illud in qualitate personali, an vero reali concessum?

SUMMARIA

Casus. n 1.
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 6. *seqq.*
Decisio. n. 10.
Resolutio rationum dubitandi. n. 11. *seqq.*

Praecedens quidem conclusio id evincebat, quod 1
recte pascendi jus ob numerum agrorum senatus T. Henrico concesserit: nova tamen objectione cives contra Casparum insurgebant, nimirum, illud jus pascendi personam privilegiati non egredi, neque ab Henrici vidua ad emptorem villae transferri potuisse. Ex 2
qua re quaestio nata: an jus illud pascendi Henrico concessum pro reali, an vero personali reputandum sit?

Pro personali jure ex ea ratione habendum videba- 3
tur, quia Henricus non pro horreo et stabulo extra civitatem extructo, sed pro se concessionem petierat, insimulque promiserat, eam civitati nullum praejudicium vel damnum allaturam, quod tamen fieret, si 4
concessio realis, et per consequens ad quosvis posses sores transitoria esset. Porro per preces Henricus fa- 5
cultatem illam pascendi obtinuit; precariae vero concessiones ordinarie sunt personales.

Verum enim vero, quia concessio tunc demum pro 6
personali aestimanda, quando persona est causa pri-

vilegii immediata et proxima, alioqui privilegium personale non est. Jacob. Menoch. *de praesumpt. lib.* 7 3. *praes.* 103. *n.* 1. Quod tamen praesenti casu aliter se habet, cum potius hoc privilegium aut concessio respectu rei impertita fuerit, eo quod res ipsa, hac concessione destituta, plane inutilis esset; neque enim 8 horreum, nec ville alia ratione utilitatem praeberet. Accedit, hanc concessionem intuitu agrorum ab Henrico possessorum factam esse, qui agri cum pariter in emptorem translati, etiam jus pascendi hoc intuitu concessum simul translatum censetur, *arg. l.* 4. *ff. de jur. immun.* Hinc apparet, hanc concessionem favorabilem esse, nec revera in ullius tertii praejudicium tendere; talis vero concessio favorabilis potius realis, quam personalis praesumenda. Henric. Zoes. *ad ff. de const. princip. n.* 18. Gail. *lib.* 2. *obs.* 2. *n.* 13. *et* 14. 9 Sande *ad l.* 68. *ff. de r. i.* certi quoque juris est, quod si in dubio versemur, an personae an rei concessum beneficium, pro reali illud habendum. Menoch. *d. praesumpt.* 103. *n.* 29. Conf. Franzk. *ad tit. de constit. princ. n.* 39. *et seqq.*

10 Hinc merito jus pascendi Henrico concessum etiam in emptorem transiisse, existimandum est.

11 Nec obstabant supra adductae rationes dubitandi. In facto enim falsum erat, quod dicebatur: Henricum pro sua tantum persona pascendi jus petiisse; non enim praesumendum, quod personae, non rei providere voluerit. Praeterea ex ejus supplicato *de anno* 12 1649. manifeste prospicere licet, eum in specie petiisse; ut sibi ad domum suam in suburbio sitam tale jus concederetur, quo ipso illud non personae, sed praedio acqui itum est, concessio vero in dubio ex petitione interpretanda. *l.* 1. *c. de divers. rescript.* 13 Menoch. *lib.* 2. *praesumpt.* 29. *n.* 2. Et quamquam Henricus simul promiserit, hanc concessionem in civitatis damnum non cessuram, exinde tamen nulla per- 14 sonalitas colligenda. Id enim tantum ex illa promissione fluit, quod Henricus in modo pascendi ita se gerere velit, ne civitas inde damnum sentiat; atque ad hoc idem Casparus quoque, tamquam praesens possessor se offert, neque a parte civitatis ullum damnum hactenus demonstratum, quod ipsa ex perpetuitate concessionis hujus pateretur, aut perpessura esset. 15 Minus dubii facessit, quod Henricus pro dicta concessione senatum imploraverit: ex hoc enim precarium nullo fundamento concluditur, cum omnia fere privilegia praevia petitione impetrentur, rarissime vero aliquod proprio motu concedatur Unde necessarium est ut petens dicat, se precario saltem uti velle *arg. l.* 16 1. *ff. de precar.* Hoc vero praesenti casu factum non erat: et multo minus qualitas precarii in ipsa concessione expressa, quapropter ista concessio a superiore confirmata plenissime interpretanda venit. *per l. beneficia.* 3. *ff. de const. princip* Et unusquisque praesumitur jus aliquod proprio nomine potius exercere, quam jure alieno, sive precario. Masc. *de probat.* 17 *concl.* 1197. *n.* 5. Ex quo consequens est, Casparum in jure per contractum quaesito omnino manutenendum esse.

CASUS XIX.

De arresto personali in loco publico contra illustrem personam non facile decernendo.

SUMMARIA

Casus. n. 1. *seqq.*
Quaestio. n. 4.
Rationes dubitandi. n. 5. *seqq.*
Rationes decidendi. n. 11. *seqq.*
Decisio. n. 27.

Liber Baro de Sardinia causatus fuerat tumultum in 1 civitate l. dum diversis vicibus sclopeta exoneraret, et equo insidens magno cum strepitu per plateas circumveheretur; hinc regimen principis, quod in illa 2 civitate est, per praetorem atque per secretarium baroni injunxit, ut in curiam civitatis se conferret, et 3 ibi arrestum subiret. Eo autem sponte non comparente, tandem a civibus apprehensus, et eo abductus fuit armata manu. Cum igitur diu ibidem detentus fuisset, quaerebatur: quam poenam hic Baro de Sardi- 4 nia ob id delictum meruerit?

Quamquam autem Baro excessum in eo commiserit, 5 quod sclopeta saepius in illa civitate exploserit, in qua ejusmodi admissum severe prohibitum erat. Ac 6 praeterea missos ad se a regimine multis conviciis in eos jactatis, remisit; quo judicis auctoritas spreta est, quae tamen semper salva existere debet, *per l.* 5. *ff. de judiciis.* Unde haec injuria pro atroci haberi potest, quatenus magistratui per eam contumelia facta. 7 *l.* 7. §. *f. ff. de injur.* Imo etiam dictus Baro speciatim in praetorem multa convicia atque verba contume- 8 liosa eructavit, et cives ipsum jussu magistratus apprehendere volentes, verberibus repellere conatus fuit; indeque debitam reverentiam, quam senatui, sub cujus jurisdictione peccaverat, paritione decenti exhibere obstrictus erat, non tantum omisit, sed etiam tam magistratui, quam personis ad eum missis, injuste et temere resistendo malitiam auxisse dicebatur. Non enim debet resisti judici aut ejus officialibus. 10 *arg. l. milites* §. 4. *ff. de re milit.* Scacc. *de judiciis. lib.* 1. *c.* 47. *n.* 3.

Verum enim vero, quia Baro de Sardinia illo tem- 11 pore valde ebrius fuerat, adeoque non ex intentione et deliberato animo, sed potius ebrietate impulsus excessus istos commiserat. vid. *l. perspiciendum.* 11. §. *delinquitur.* 2. *ff. de poen.* quae res alias in hujusmodi delictis excusationem praebet. per *can.* 9. *qu.* 1. *caus.* 15. Ex adverso autem cum eodem barone pa- 12 rum honeste actum fuerat, dum ipse violenter apprehensus in curiam per vim rapiebatur: quod tamen fieri non debebat; quoniam in casu praesenti nullum 13 atrox delictum aderat, quod poenam corporis afflictivam requisivisset. Dd. autem plerique in eo consentiunt, quod captura locum habere non debeat, nisi in illis criminibus, ubi poena corporis afflictiva dictari posset. juk Clar. *lib.* 5. *sentent. tit. ult. qu.* 28. *n.* 1. Carpzov. *pr. crim. qu.* 111. *n.* 7. Inprimis, quia 14 Baro de Sardinia pro vili et vagabunda persona haberi non poterat, quo casu alias dd. praedictam opinionem, de non properando ad capturam, limitare adsolent. Carpzov. *d. l. n.* 10. Contra illustrem vero 15 personam per capturam sive realem apprehensionem sine atrocitate criminis procedi non debet. Praeterea 16 idem Baro in eadem provincia multorum bonorum possessione gaudebat, immo et inter ipsos istius provinciae proceres et status erat conspicuus. Unde regi- 17 men de mulctae solutione satis securum fuit, quam ex bonis delinquentis juxta magnitudinem excessus petere potuisset commode. Uti vero possessio immo- 18

bilium a cautione fidejussoria liberat, *per l. sciendum.*
19 15. *ff. qui satisd. cog.* etiamsi quis saltem pro parte possideat immobilia, *d. l. sciendum.* §. 1. ita liberabit etiam a captura, cum nemo in carcerem conjiciendus sit, qui fidejussores dare paratus est, nisi tam grave scelus eum admisisse constet, ut nec fidejussoribus nec
20 militibus committi possit. *l. divus Pius.* 3. *ff. de custod. reor.* At vero Baro de Sardinia, eo quod bona immobilia possederit, non tenebatur fidejussores dare, adeoque multo minus poterat violenta manu in capturam deduci: inprimis vero ideo hoc casu captura o-
21 mitti debuisset, quia ipse Baro sese obtulerat ad arrestum servandum in aedibus privatis. Quod etiam in ejusmodi casibus, praesertim, si persona sit nobilis vel illustris, usitatum est; unde non statim ei, ut in curiam in arrestum abiret, injungi debebat. *arg. d. l.*
22 3. *ff. de custod. reor.* Accedebat, quod regimen alia jam ratione securum se reddiderit de consequenda mulcta, quando equos baronis e stabulo in custodiam
23 abduci curaverat. Quo facto nullo plane opus fuisset arresto; etenim Baro de Sardinia, equis privatus, nec ulteriorem tumultum excitare, nec in fugam sese con-
24 jicere potuisset. Et tandem mirum non est, eumdem verbis atque factis arresto sese opposuisse, non tantum quia ebrius fuerat, sed et, quia unanimi consensu dd. adserunt, quod judici de facto procedenti de facto resisti possit. Sixtin. *vol.* 2. *consil. marpurg.* 10. *n.* 108. Menoch. *rem. ree. poss.* 8. *n.* 7. Vivius. *decis.* 509. *n.* 2. *et seqq.* Wesenbech. *part.* 2. *consil.*
25 100. *n.* 16. Quia ergo saepius dictus baro per inopinatam apprehensionem haud levi ignominia affectus, vid. *const. crim. art.* 218. *vers. item dass durch die*
26 *obrigkeit.* atque per arrestum, quod in loco publico sustinuerat, poenam satis gravem pro perpetrato delicto perpessus.

27 Hinc intuitu passae jam injuriae, baronem de Sardinia ob excessum commissum ulteriori mulcta non onerandum, sed rebus ita se habentibus, merito absolvendum esse censemus.

CASUS XX.

De usuris in sortem non redigendis per factam cessionem.

SUMMARIA

Casus. n. 1:
Quaestio. n. 2.
Rationes dubitandi. n. 3, *seqq.*
Rationes decidendi. n. 5. *seqq.*
Decisio. n. 15.

1 Georgius in divisione haereditatis paternae Hiobo fratri suo thalerorum 5000. pecuniae haereditariae et feudalis debitor factus erat, et singulis annis 3000. thal. nomine usurarum promiserat. Cum vero haec summa non accurate semper statio tempore solveretur, cessit Hiobus de his usuris residuis 500. thal. uxori suae, adhibito ipsius debitoris consensu, et interposita conventione, ut hi 500. thal. imposterum considerentur tamquam summa principalis usuris obnoxia, ita ut uxor eam pariter ac sortem cum usuris a Georgio petere posset. Debitore vero mortuo, filius ejus 2
Nicolaus controversiam movit: an istud pactum, usuras usurarum constituens, de jure valere possit?

Georgius quidem speciali obligatione *de anno* 1638 3
se ad hasce usuras obligaverat, quo casu nonnulli dd. usuras usurarum licitas esse existimant. Berlich. *part.* 2. *decis.* 268. *n.* 8. Quorsum etiam inclinat Mevius *part.* 4. *decis.* 213. Et praeterea Nicolaus jam per 4
sententiam ad has usuras usurarum solvendas condemnatus fuerat, quae sententia postmodum in rem judicatam transiverat: ut adeo, etiamsi pactum primum 5
validum non fuisset, tamen ex re judicata, tamquam nova debendi causa, Nicolaus ad usuras usurarum solvendas compelli posse videretur.

Verum enim vero, quia certum est, prohibitionem 6
de non exigendis usuris usurarum esse generalem, ita ut nullo modo eas exigere, aut in sortem redigere liceat, *per l. ut nullo modo.* 28. *c. de usur. l.* 26. §. 1. *ff. de condict. indebit.* Adeo, ut licet specialis obli- 7
gatio, desuper confecta, haec tamen non aliter, quam quod in fraudem legis facta, censeri possit; cum nec usurae usurarum per stipulationem promissae debeantur. Johann. Zanger. *de except. p.* 3. *c.* 25. *n.* 25. Mar. Giurba *decis.* 25. *n.* 15. Inprimis, quia praesenti 8
casu ipsamet etiam debitoris persona manebat eadem; non vero mutata persona debitoris, nec usurae usurarum praestandae: cum alias in creditoris esset arbitrio, per cessionem usurarum debitorem suum pro lubitu ad usuras usurarum adstringere. Brunnemann. *in comment. ad l.* 28. *c. de usuris, et in tr. de cess. actionum. a.* 5. *n.* 66. Mev. *part.* 8. *decis.* 232. Nec obesse 9
potest, quod jam per sententiam decisum fuerit, Nicolaum teneri cessos 500. thaleros cum usuris solvere. Quoniam condemnatus ante sententiam nondum inspexerat obligationem productam, et sic multo minus exceptionem usurariae pravitatis opponere poterat. Haec quia non opposita, non poterit eadem per sententiam rejecta dici, sed Nicolaus in ipsa executione illam adhuc opponere non prohibetur. Carpzov. *proc. tit.* 22. *artic.* 3. *num.* 21. Berlich. *p.* 1. *concl.* 84. *num.* 86.

Unde pacto de praestandis usuris usurarum minime 10
valente, Nicolaus nihil amplius, quam memoratos 500. thaler. debitrici solvere tenebitur.

FINIS.

DISPUTATIO TRIGESIMA SECUNDA

DE OPERIS UXORUM,

DIE DECEMBR. ANNO MDCCVI.

PRO LICENTIA

JOHANN. JOACHIM. JORCKE, WISMARIENSIS.

CAPUT I.

De jure mariti in personam uxoris.

SUMMARIA

Societas conjugalis est antiquissima et fundamentalis. §. 1.
Origo maritalis juris in uxores indagatur. §. 2.
An sit ex jure naturali? §. 3.
An sit ex jure divino positivo? §. 4.
Nostra sententia subjicitur. §. 5.
Foeminae ad subjectionem magis aptae. §. 6.
An ideo mulier sit subjecta viro, quod non sit ad imaginem Dei creata? §. 7.
Quid sit jus maritale in uxorem? §. 8.
Nascitur haec potestas ex nuptiis legitimis. §. 9.
An pactis dotalibus moritalis potestas possit tolli? §. 10.
Potestas maritalis in personam uxoris quoad jus vitae et necis. §. 11.
An maritalis potestas sit fortior patria? §. 12.
Quomodo temperatum sit hodie jus mariti in uxorem? §. 13.
Illustratur hoc porro ex gentium moribus. §. 14.
An maritus possit castigare uxorem? §. 15.
An pacto remitti possit jus castigandi? §. 16.
An clericus severius castigare possit uxorem? §. 17.
An uxor possit agere actione injuriarum, si atrocius castigata sit praeter meritum? §. 18.
An uxor possit inscio viro contrahere? §. 19.
Uxores debent maritis convenientem subjectionem. An uxor imperiosa sterilis amittat privilegia dotis. §. 20.
An et quatenus maritum sequi teneatur? §. 21.
Generaliter tractatur de jure viri in bona uxorum. §. 22.

§. 1. Antiquissima omnium confessione societas est maris et foeminae conjunctio, absque qua sicuti genus humanum propagari, et multiplicari haud potuit, ita quoque recte fundamentum caeterarum omnium societatum dicitur. Et haec societas primis temporibus fuit species nobilissima, ubi majores adhuc societates ignorabantur, quae serius paululum introductae sunt. Quamvis vero obligatio hujus societatis potissimum sobolis procreationem respiciat, indeque dependens mutuum adjutorium et individuam vitae consuetudinem, atque adeo hactenus nulla alia jura peculiaria eidem tribui posse videantur; apud gentes tamen varia insuper jura in hac societate introduci coeperunt, mere arbitraria et positiva, quorum omnium tamen fundamentum potissimum dependet ex jure mariti in uxorem. Quod cum apud omnes gentes varium sit, ita non mirandum, quod quoque tam varia jura inde oriantur. In praesenti autem agere constitui *de operis uxorum*, quarum universa ratio, cum ex potestate maritorum in uxores dependeat, hinc de hac quaedam praelibanda sunt.

§. 2. Equidem apud omnes gentes peraeque potestatem maritis in uxores competere animadvertimus, an vero haec potestas ex jure naturali, an vero aliunde petenda sit, maxime dubitatur. Hobbesius *de cive c. 9. §. 5.* distinguit inter statum *naturalem et civilem*, et vult, in statu naturali marito nullum jus in uxorem competere, sed esse societatem aequalem, in statu autem civili demum jus maritorum in uxores ortum fuisse, *quia*, ait, *in omnibus civitatibus, scilicet constitutis a patribus, non a matribus familias, imperium domesticum viri est.* Et sic secundum hujus philosophi judicium maritale imperium civitatibus coaevum fuisse videtur, neque adeo a ratione aliqua naturali, sed mere a facto humano, et civili potestate arcessi debet. Credit enim, eo ipso, quo civitates a viris conditae sunt, et ita plures in unum coetum coaluerunt, viros quoque imperium aliquod in uxores sibi sumpsisse Ast imperium domesticum antiquius esse ipsis civitatibus, imo illud etiam absque his posse consistere, prudentioribus jam probatum est, adeoque non dubium, quin etiam ante respublicas introductas jus quoddam mariti in uxores fuerit, quamvis, quod negari non possit, introductis civitatibus, jura maritorum variis modis aucta, vel alterata sint.

§. 3. Quod si merum jus naturale inspicimus, dubitare itidem liceret cum Pufendorffio *de j. n. et g. l. 6. c. 1. §. 11.* an exinde jus aliquod marito adferri

possit. Si enim ex jure naturali hoc deduci deberet, ostendendum foret, ex natura societatis conjugalis hoc imperium fluere. Jam vero natura societatis conjugalis primario ad sobolis procreationem vergit, qui finis etiam obtineri posse videtur citra imperium in uxorem. Contrahitur enim matrimonium solo consensu, et ex hoc pacto uxor obligatur, ut in negotiis matrimonialibus se ad mariti voluntatem componat, quale pactum non statim imperium arguere videtur, cum etiam summi imperantes ex pactis sibi invicem obligari possint ad quaedam praestanda, ut tamen neuter neutri subjiciatur, adeoque hoc intuitu, jure naturae solo inspecto, conjugalis societas aequalis esse videtur. Non ergo aliunde maritus imperium aliquod in uxorem hoc jure sibi vindicare posse videtur, quam si pacto hoc expresse provisum sit, quale pactum tamen etiam extra civitates concipi potest, secus ac Hobbesius statuit. Quae porro argumenta a naturali sexus sequioris imbecillitate desumuntur, marito nullum jus tribuere possunt, sed tantum arguunt, maritum esse aptiorem ad imperium quam uxorem. Sed nec haec aptitudo praerogativam ubique *quoad jus* viris conciliat, cum dentur regna, ubi mulieres integris populis praesunt, et consequenter etiam imperium civile in maritos, si quidem hi lege fundamentali illius reip. excludantur a regia potestate, exercent, qualis tamen ratio imperandi non potest juri naturali adversa dici.

§. 4. Has difficultates alii animadvertentes, ad jus divinum universale confugiunt, voluntque, hoc ipsum juri naturali novum superaddidisse praeceptum, quod uxor marito subdita esse debeat. Nam expresse Deus Evae hoc praedixit in poenam lapsus, voluntatem ejus marito debere esse obnoxiam, et maritum dominari debere super eam. Inde nunc ulterius concludunt, hoc jus in Adamo ita esse stabilitum, et ab eo primitus exercitum, ab hoc vero in posteros translatum, et introductis postea civitatibus variis modis auctum. Huc quoque respexisse videtur Paulus 1. *Timoth.* 2. 12. *seqq.* ubi docet, uxorem non debere imperare marito (1) quod Adamus ratione creationis sit Eva prior, et sic praestantior, (2) quod Eva sit prius seducta a serpente, et sic lapsa, atque sicuti hac ratione illa primum iniquitatem introduxit, ita aequum videtur, ut illa quoque hanc poenam lapsus sustineat. Sed alii rursus ad haec argumenta regerunt. (1) Paulum haud loqui de origine imperii maritalis in uxorem, sed tantum prohibere, ne uxor marito imperet; sed si imperium aliquod in societate conjugali concipiendum est, omnino convenientius esse, ut maritus uxori imperet, et huc respicere argumenta pauliana videntur. (2) Neque Deum proprie in poenam lapsus lege aliqua maritale imperium introduxisse, sed potius praedixisse utrique mala, quae statum lapsus sint necessario consecutura, queis homines carere potuissent, si in statu integritatis permansissent; alioquin enim, si lege universali ita Deus imperium maritale constituisset, imperia foeminarum civilia damnanda forent, cum in illis necessario maritus subesse debeat imperio uxoris, quod, quia civile est, etiam mariti jus et potestatem absorbere videtur. Neque sane desunt exempla hujus imperii muliebris ex historia antiqua. Sic Arrianus II. *histor. Alex. m. c.* 7. ait, *receptum, solitumque in Asia, jam inde a Semirami, etiam foeminas imperium in viros exercere*, ut recentiora exempla nunc quidem intacta relinquam. Interim hoc non diffiteri possum, multa pericula vel damna saepe regnis ex tali imperio illata fuisse, id quod multis exemplis probat Arnisaeus 2. *select. polit.* 2. *sect.* 4. *num.* 139.

§. 5. In hisce sententiis inter se diversis omnino aliquid veri inesse videtur, si modo recte inter se componantur. Hoc expeditum est, ex ipsa matrimonii indole per se haud fluere aliquod imperium mariti in uxorem, sicut quoque exinde haud fluere videtur matrimonii perpetuitas. Cum vero non tantum in matrimonio attendendum sit, quid liceat ex regulis strictioris juris, sed etiam quid honestum, et humano generi conducibile sit, *l.* 42. *ff. de rit. nupt.* hinc ulterius progrediendum, et quod non ex solis regulis justi deduci potest, aliunde petendum. Vivimus in statu lapsus, ubi homines inter se inclinant ad pessima, et inprimis diversas inter se gerunt voluntates, adeo, ut nunc quidem vera sit sententia, communionem esse matrem litium et discordiarum, scilicet inter mere aequales. Cum itaque matrimonium debeat esse ex regulis honestatis non vagus aliquis concubitus, sed potius ordinata quaedam conjunctio, inter conjuges quoque deberet esse amica quaedam omnium jurium communio, et rerum domesticarum societas; ast cum etiam ipsi conjuges saepius in diversa propendeant, neque tamen haec societas facile dirimenda, non aliter fieri potuit, quam ut uni ex conjugibus imperium aliquod, et praerogativa conferretur, quo in perplexis causis, e. voluntatibus discordantibus alterius sententia praevalere possit. Atque adeo conditio status praesentis constituit, ut conjugia quodammodo sint *societates* inaequales. Et cum jam *ex necessitate status corrupti* alicui praerogativa sit concedenda, sane multo convenientius et honestius est, ut vir, tamquam caput familiae, uxori imperet, quam uxor viro. Et huc quoque respexit Apostolus 1. *tim. II.* 12. *seqq.* ubi prohibet, ne uxor imperet viro. Posito itaque, quod aliquod imperium in hoc statu inter conjuges necessarium fuerit, omnino illud sexui praestantiori concedi debuit. Huc respexit ipse Deus, post lapsum Eva praedicens mala necessario futura, inter quae quoque erat subjectio. Itaque subjectio hae non est ex lege universali, ut non possit, statu reipublicae aliud id exigente, ordo rerum mutari, ut in reginis animadvertimus.

§. 6. Foeminas autem ad subjectionem *magis esse* aptas, vel natura earum infirma, et imbecillis ostendit, quae magis debet regi, quam regere. Certe jura nostra passim ad naturam foeminarum respiciunt, eisque adscribunt sexus imbecillitatem, *l.* 2. §. 2. *ad sct. vellej.* propter quam facile labi possunt. *l. imperialis* 23. *pr. c. de nupt.* Ulterius illis attribuunt sexus fragilitatem. *l.* 20. *c. de don. ant. nupt. l.* 3. *c. de praescript.* 30. *vel* 40. *ann. l* 12. *c. qui pot. in pign.* Sexus infirmitatem *in l.* 9. *pr. de jur. et fact. ignorantia. l.* 9. *ff. de cur. furios. l.* 18. *ff. de jure fisc. l.* 1. §. 10. *ff. ad sct. turpillianum l.* 1. *c. quando mut. off. jud. l.* 5. *c. ad l. jul. maj.* et quod propter hanc fragilitatem judicii deceptionibus facile sint obnoxiae. *nov.* 61. *c.* 1. §. 2. *nov.* 97. *c.* 3. *in fin.* Ob has rationes, ex ipsa natura communi foeminarum deductas multa singularia foeminis attributa sunt jura et beneficia, quae collegit Carpz. aliquot *diss. de jure foeminarum singulari.* Qualia jura haud communia sunt, ob diver-

sam eorum naturam. Et sic quoque eadem haec foeminarum natura ab eisdem postulat, ut potius pareant, quam imperent, posito, quod alter ex conjugibus imperium habere debeat. Conf. Tiraquell. *ad ll. connub. gl.* 1. *p.* 1. *n.* 50. *seqq. et n.* 24. *seqq.* Cum itaque haec subjectio uxorum in naturali ratione fundetur, apud scriptores saepe juris naturalis imperium maritale vocatur. Sic Hieronymus *in l.* 15. *c.* 23. *qu.* 5. ita judicat. *Cum caput mulieris vir sit, caput autem viri Christus, quaecumque uxor non subjicitur viro suo h. e. capiti suo, ejusdem criminis rea est, cujus est vir, si non subjiciatur Christo capiti suo. Verbum autem domini blasphematur, vel dum contemnitur Dei prima sententia, et pro nihilo ducitur, et cum Christi infamatur Evangelium, dum contra legem, fidemque naturae ea, quae christiana est, et ex Dei lege subjecta viro, imperare desiderat, cum etiam gentiles foeminae viris suis serviant communi lege naturae.* Idem reperitur in *c.* 12. *caus.* 33. *qu.* 5. *Est ordo naturalis in hominibus, ut serviant foeminae viris, filii parentibus, quia nulla justitia est, ut major serviat minori.*

§. 7. Illud obiter addo, minus probari posse sententiam Augustini, quando subjectionem uxoris inde deducere voluit, quod mulier non sit ad imaginem Dei creata. Ita enim in *c.* 13. *c.* 33. *qu.* 5. inquit: *haec imago Dei est in homine, ut unus factus sit quasi dominus, ex quo ceteri orirentur, habens imperium Dei quasi vicarius ejus, quia omnis rex habet Dei imaginem, ideoque mulier non est facta ad imaginem Dei. Sic enim dicit: et fecit Deus hominem: ad imaginem Dei fecit illum. Hinc est unde Apostolus: vir quidem, ait, non debet velare caput suum, quia imago et gloria Dei est, mulier autem ideo velet, quia non est gloria aut imago Dei.* Primo enim omnino falsum est, quod uxor non sit creata ad imaginem Dei, quae non in praestantia sexus, sed in sanctitate interna animi consistit. Deinde Paulus 1. *Corinth. XI.* 7. ad quem locum provocat Augustinus, non negat uxorem esse ad imaginem Dei creatam, sed tantum ibi dicitur, quod uxor sit gloria viri. Unius autem positio, non statim est alterius exclusio: gemina illis quidem Ambrosius in *c.* 19. *c.* 33. *q.* 5. affert, sed eodem quoque errore ducitur. Nec deterreat nos tantorum patrum auctoritas, nam amicus quidem Augustinus, amicus Ambrosius, magis tamen amica veritas: neque ipse Augustinus voluit, ut sententiae ejus absque judicio acciperentur, cum ipse in *c.* 4. *d.* 9. fateatur, multa esse in opusculis suis, quae possint justo judicio et nulla temeritate damnari.

§. 8. Quamvis itaque jus mariti in uxorem omni jure fundatum, et naturali rationi maxime conveniens, humanoque generi conducibile sit, apud omnes quoque paraeque gentes receptum, et observatum. Multa tamen singulae civitates huic juri superaddiderunt, multaque determinarunt, quae ex sola ratione naturali non constabunt. Haec enim tantum subjicit uxorem viro, sed indefinite; jus civile autem potestatem illam definit, et determinat, circumscribitque, quousque se extendere debeat. Cum itaque jus maritale secundum jura civilia communia a nobis considerandum sit, hinc quoque secundum illa describitur, quod sit *jus legitimum viro competens, in personam, et bona uxoris, ad communem tum societatis conjugalis, tum rei domesticae utilitatem.* Dicitur *jus legitimum*, ut ostendam, potestatem viri circumscribendam esse legibus et jure, nec ulteriorem ei competere, quam quousque leges hoc permittunt. Jus autem hoc secundum leges non est absolutum, sed restrictum, et moderatum, ut uxor nihilominus adhuc *sui juris* maneat, licet sit sub potestate mariti: neque enim tale jus marito adscribi potest, quale competit patri in liberos, dominis in servos, qui propterea *alieni juris* esse dicuntur. Manent itaque uxori omnia jura salva, quae hominibus sui juris competunt.

§. 9. Competit hoc jus *viro*, ut dicitur in definitione, quo ipso praesupponitur legitimum et justum matrimonium, ex quo haec potestas dependet: ex injustis enim nuptiis nec vir, nec uxor, nec matrimonium intelligitur §. 12. *j. de nupt.* et sic nec maritalis potestas. Vir enim non est, uti nec pater, nisi quem justae nuptiae demonstrant. Caeterum matrimonium *injustum* cum *putativo* nullo modo esse confundendum, constat. Injustum enim dicitur, quod scienter contra leges est contractum, et sic effectus legitimos non producit, quia est nullum. *l.* 5. *c. de ll.* quale etiam hodie datur, si debita requisita constitutionum provincialium haud fuerint adhibita. Neque enim hodie ex omni defectu civili matrimonium nullum est, aut suis effectibus caret, velut, si dissentientibus parentibus liberi nuptias contraxerint, quamvis statuta locorum nonnullorum expresse contrarium, et satis optime constituerint, ut *constitutio marchica de anno* 1694. Ita in ducatu Guelpherbytano aliibique illud ipsum quoque introductum, et tale matrimonium pro injusto et irrito declaratum fuit, ex quo nullus effectus, et sic nec maritalis potestas oritur. Conf. dn. Praes. *de diss. sponsal. sect.* 1. §. 42. *et* 65. Aliud dicendum de putativo matrimonio, quod conjuges inter se quidem nulliter, sed bona fide tamen contraxerunt, ob defectum aliquem occultum, quem juste ignorarunt, veluti, si per errorem prius matrimonium diremptum, posterius matrimonium dicitur putativum. *c.* 6. *et f. x. de frigid. et malef.* si uxor juste existimet, maritum priorem esse mortuum, et alii nubat. *c. per bellicam* 1. *c.* 34. *qu.* 1. si in gradu prohibito conjuges ignorantes coeant. *l. qui contra* 4. *c. de incest. nupt.* Licet vero hoc matrimonium putativum itidem nullum sit, in se scilicet, adeo, ut postea, vitio comperto, rescindi debeat, tamen propter concurrentem bonam fidem, eosdem effectus habet, quos verum matrimonium, quemadmodum in aliis quoque casibus jus putativum eosdem producit effectus, quos jus verum, vid. dn. Praes. *diss. de jure putativo.* Sic itaque liberi interim nati pro justis et legitimis habentur. Covarruvias *de sponsal. p.* 2. *c.* 8. §. 1. *n.* 1. Dn. Hertius *de matrimon. putativo.* §. 22. et sic quoque succedunt patri suo. Dn. Praes. *de success. ab intest. diss.* 2. §. 57. Dos quoque omnia privilegia habet. *l.* 22. *in f. ff. solut. matr. l.* 5. *c. eod.* Ferdinand. Arias de Mesa *l.* 3. *resolut. c.* 21. Quod si itaque omnes effectus legitimi matrimonii maritus putativus habet, habebit quoque maritalem potestatem, et omnia inde dependentia jura. Quod si ab una tantum parte bona fides adsit, nihilominus putativum matrimonium erit, ut sic maritus in justo errore constitutus, jus maritale in uxorem, vitii haud ignarum, recte exercere possit. *c.* 14. *x. qui liber. sunt legit.* secus forsan dicendum, si maritus esset in dolo, et vitium seiret. Quod si matri-

monium ad *morganaticam* contractum sit, sicuti uxor est legitima, licet minus solemnis, et praeterea haec conjunctio legibus fundata et approbata est. 2. *feud.* 29. ita quoque sine dubio marito in uxorem jus suum illibatum erit: marito enim in hoc matrimonio nihil decedit, sed uxori, vid. b. Linckius *de matrim. lege salica contract. c.* 3. *n.* 29. *seqq.* Illud parum refert, an matrimonium diu constiterit, an vero momentaneum fuerit, nam etiam hoc ipsum suos effectus habet. Tiraquell. *ad l. si unquam verb. donatione largitus n.* 221. *c. de revocand. donat.* quamvis jus maritale hic parum sese exercere possit.

§. 10. Quemadmodum autem jura inter conjuges pactis dotalibus determinari, mutari, et tolli suo modo possunt; ita nunc quaestio examinanda, an et quatenus pactis dotalibus mariti jus in uxorem restringi, mutari, vel tolli possit? Ubi distinguendum esse judico inter jus, quod marito *in bona uxoris*, et quod in *personam* ejus competit. *Illud* esse renunciabile existimo; veluti, si maritus promittat, quod acquaestum praetendere nolit etc. Huc etiam referri posset pactum, quod maritus curator uxoris esse nolit, uti alias ex statuto, veluti hamburgico, est, cum haec curatela videatur mario demandata unice in favorem ejus. Sande *l.* 2. *tit.* 4. *def.* 3. cui renunciare potest. Conf. dn. Joh. Sam. Stryk. *de jure sing. femin. Hamburg. c.* 1. §. 7. Huber. *ad tit de pact. dotal.* §. 4. Verum jus, quod marito in *personam uxoris* competit, seu *imperium maritale*, a se abdicare nequit, quia tale pactum contra bonos mores, et sic nullum irritumque foret. *l.* 5. *pr. ff. de pact. dotal.* adeo, ut si vel jurato in pactis dotalibus promisisset, quod uxor imperium exercere deberet maritus tamen, tamquam ex pacto turpi, inde haud obstrictus sit. Strauch. *de jure mariti in uxor. sect.* 3. §. 7. Müller. *diss. de frigusculo. c.* 3. §. 6. Aliud dicendum de tali pacto, per quod tantum restringitur maritalis potestas, ne nimis acerbe a marito exercestur, nam hoc pactum bonis moribus haud adversatur. Huber. *cit. loc.*

§. 11. Competit haec potestas marito (1) in *personam uxoris*, vi cujus uxor marito subjecta est: potestas haec apud gentes varia fuit, nunc durior, nunc laxior. Apud nonnullas adeo rigide exercita est, ut maritis etiam jus vitae et necis in uxores competierit. Sic de antiquis Gallis Caesar *de bello gallico l.* 6. *c.* 19. *n.* 3. *ita: viri in uxores, sicuti in liberos, vitae necisque habent potestatem, et cum paterfamilias illustriori loco natus decessit, ejus propinqui conveniunt, et de morte, si res in suspicionem venit, de uxoribus, in servilem modum quaestionem habent* (nam in servos tantum per torturam inquirebatur) *et si compertum est, igne, atque omnibus tormentis excruciatas interficiunt.* Similem fere potestatem Romulus maritis olim sub regia republica dederat, quam Dionysius Halicarnass. *l.* 2. *antiquit. Rom.* ita describit. *Si qua in re* (uxor) *deliquisset, ipsum, qui injurias passus erat* (maritum) *judicem habebat, qui poenae magnitudinis erat arbiter. De his vero cognoscebant ipsi cognati cum viro, ubi violata fuisset pudicitia et* (*quod omnium peccatorum levissimum graecis videretur*) *si quam mulierem vinum bibisse constituisset. Romulus enim hoc utrumque, ut muliebrium peccatorum gravissimum puniri jussit, quia stuprum dementiae, ebrietatem vero stupri originem esse judicavit. Et diu duravit hoc utrumque apud Romanos, ita ut inexorabilis ira esset.* Atque huc videtur respexisse Sveton. *in Tiberio c.* 35. ubi ait: quod auctor fuerit, *matronas prostratae pudicitiae, quibus accusator publicus deesset, ut propinqui maritorum more, de communi sententia coercerent.* Reliquiae hujus juris rigidi adhuc supersunt in nostris digestis, ubi marito conceditur, ut possit adulterum deprehensum impune occidere, modo in sua domo eum deprehenderit. *l.* 24. *pr. ad l. jul. de adult.* et adulter fuerit vilioris conditionis. *d. l.* ut tamen uxorem amplius interficere ei non licuerit, quamvis, si interfecerit, ab ordinaria poena liberatus sit. *l.* 22. §. *f. l.* 24. §. 1. *l.* 38. §. 8. *f. eod.* Olim autem etiam maritis jus interficiendi uxores in adulterio deprehensas competiisse, ostendit A. Gellius *in noct. Attic. l.* 10. *c.* 23. *in f.* De antiquis Germanis *Tacitus de morib. Germ.* haec refert: *paucissima in tam numerosa gente adulteria, quorum poena praesens et maritis permissa. Accisis crinibus nudatam coram propinquis expellit domo maritus, ac per omnem vicum verberatam agit; publicatae enim pudicitiae nulla venia.* Exercuerunt ergo etiam prisci Germani quamdam in uxores jurisdictionem, quam eidem mores prisci permittebant. Et cum Longobardi genuina gens Germanorum fuerit, inde sine dubio fluxit, quod hi quoque jus vitae et necis in uxores exercuerint, uti constat ex *ll. Longobard l.* 1. *l, pen. et ult. tit. qual. lib. permiss.* Aliarum gentium mores nunc praetereo.

§. 12. Caeterum, quamquam ab initio satis rigida in uxores fuerit constituta potestas maritalis jure romano, multum tamen ab ea remissum est, siquidem in pandectis nostris rarissima vestigia de jure vitae ac necis adhuc residua sunt; imo tanta ne quidem mariti potestas fuit, ut tolleret patriam potestatem; nam apud Romanos filia per nuptias non liberabatur a patria potestate; *l.* 2. §. 1. *in fin. ff. sol. matr. l.* 29. *pr. ff. eod. l.* 20. *ff. ad l. jul. de adult. l.* 18. *pr. c. de nupt. l.* 5. *ff. de collat. dot.* Tiraquell. *ad ll. connub. gl.* 1. *p.* 1. *n.* 1. Non tamen pater amplius ita libere suam potestatem in filiam exercere poterat, uti antea, ne bene concordantia matrimonia dissolverentur. *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *ff. de lib. exhib.* Verum apud alios populos id secus se habuisse constat. Cognoscitur id ipsum ex illo *euripidis in Dunaem apud Stobaeum serm.* 21.

Mulier enim egressa paternam domum
Non amplius parentum est, sed mariti.

Similiter apud Hebraeos filiae translatae videntur ex potestate patria; quod Augustinus apud Gratianum in *c.* 16. *c.* 33. *qu.* 5. exinde colligit, quia, si adhuc innuptae essent, jam pater vota persolvere poterat, si antequam persolverit, nupserit, et viro ejus hoc cognitum non placuerit, vota persolvere non debuit, idque ex legis mosaicae provisione. Idem de moribus gallicis probat Tiraquell. *cit. l.* 1. 4. Quod si Germanorum mores intuemur, fere conclamatum est, filiam per nuptias liberari a patria potestate, et ita transire in maritalem judicat hoc ipsum speculum Saxonum *l.* 1. *art.* 45. ubi dicitur: *und ob wohl ein Mann seinem Weibe nicht eben bürdig, ist er doch ihr Vormund, und sie ist seine Genossin und tritt sie in sein Recht, wenn sie in sein Bett tritt.* Idem ex aliis textibus tam saxonici, quam suevici juris quoque colligi potest, quos nunc quidem non tango. Et haec praxis adhuc per universam Germaniam hodie obtinet, ut doctores unani-

miter fatentur, qui videndi sunt apud Berlich. *p.* 2. *concl.* 11. *n.* 42. *conf.* Carpz. *p.* 2. *const.* 10. *def.* 2. *Br. ad l.* 7. *c. de patr. pot.* Mev. ad jus *lubec. l* 1. *tit.* 3. *n.* 25. Gudelin. *de jure noviss. l.* 1. *c.* 13. *in fin.* Dn. Praes. *in us. mod. tit. de adopt.* §. 23. atque ita semel liberate sui juris manet, licet vel maxime per mortem mariti matrimonium dissolutum fuerit. Carpz. *cit. l. n.* 6. Joh. a Sande *dec. fris. l.* 1. *tit.* 7. *defin.* 5. Dn. Brunn. *ad l.* 31. *ff. de odopt. n.* 4. Neque hic, ut in filiis, attenditur, sive cum marito suo separatam oeconomiam instituerit, nec ne. Carpz. *cit. l. n.* 8. *seqq.* Ex quo conspicuum redditur, apud Germanos semper plus valuisse maritale in potestatem, quam patriam; utramque vero haud compatibilem fuisse.

§. 13. Hodie tamen eodem rigore potestas maritalis in uxores exerceri amplius minime potest, ac quidem olim apud Germanos, adeo, ut mores Germaniae cum jure romano noviori quam optime conspirent. Neque enim, si societatis conjugalis naturam considero, illa ferre non potest tam absolutum imperium maritorum in uxores, uti quidem est dominorum, cum potius consistat in intima unione, summo amore, conglutinata et tenerrima amicitia, quae tale imperium mariti respuit. Hoc intuitu in sacris uxor et maritus una caro dicuntur, vel duo in carne una *Genes. II.* 24. imo pars ipsius mariti. *Matth. XIX.* 4. Accedit, quod ipse Salvator sub hac unione arctissima adumbrare voluerit unionem Christi cum ecclesia. *Ephes.* 5. atque adeo sicut Christus dilexit ecclesiam ita Paulus vult, ut mariti diligant uxores suas. *Ephes.* 5. 25. Porro 1. *Petr.* 3, 3. jubentur mariti cohabitare uxoribus cum *ratione.* Jam, uti antea ex ratione naturali demonstratum, contra rationem videtur esse, si quis herilem potestatem in uxorem vellet exercere, quae plerumque cum quadam acerbitate conjuncta est, qualem potestatem rursus Apostolus improbavit ad *Coloss.* 3, 19. inquiens: *viri diligite uxores*, et nolite amari esse erga illas: amaritudo enim cum amore conjugali pugnat.

§. 14. Idem etiam gentes, quae viris jus quidem in uxores concesserunt, non tamen uxorem plenae potestati maritali subjecerunt, existimarunt, dum eandem non subditam, sed sociam esse voluerunt. De antiquis Germanis Tacitus *tr. de moribus Germ.* hoc commemorat, quod uxores admonuerint in ipsis matrimonii auspiciis, *venire se laborum periculorumque sociam, idem in pace, idem in bello passuram, auturamque.* De antiquorum Romanorum uxoribus tempore Romuli ita loquitur Dionys. Halicarnass. *l.* 2. *antiqu. Rom. uxor si pudica fuisset, et marito in omnibus rebus morem gessisset, erat familiae domina aeque atque ipse vir, et in ejus defuncti bona, ut filiae in patris, haeres succedebat etc.* Hoc intuitu in jure romano uxor non ancilla, sed *socia* dicitur. Sic in *l.* 4. *c. de crim. expil. haered.* vocatur *socia divinae atque humanae domus, et in l.* 86. *ff. de rejud.* dicitur, quod *societatem vitae* contraxerit cum marito, h. e. individuam vitae consuetudinem. §. 1. *j. de patr. potest.* seu *consortium omnis vitae, divini, atque humani juris communicationem, l.* 1. *ff. de rit. nupt.* Hoc intuitu noluere leges civiles concedere inter conjuges actionem furti, quod *societas vitae quodammodo dominam uxorem faceret*, ut dicitur *in l.* 1. *ff. rerum amot.* Et quia porro haec societas communicationem cujuscumque fortunae continet, hinc eleganter in *l.* 22. §. 7. *ff. solut. matr.* exstat: quid *tam humanum est, quam fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem esse?* Quo etiam alludit Lactantius *l.* 2. *c.* 22. *Quae servari potest charitas, nisi habitaverint semper ut socii, nisi devota mens et servata invicem fides individuam fecerit charitatem.* Ex quibus omnibus demum concludo, imperium maritale in uxorem non esse herile, sed mite, magis auctoritate suadendi, quam absolute imperandi constans, cum etiam praeterea uxor sit socia, et gubernatrix rei domesticae, marito tamen praevalente.

§. 15. Sicuti ergo marito quoddam imperium competit, ita uxor ad quamdam subjectionem, et reverentiam marito exhibendam obligatur. Ex imperio vulgo deducunt jus moderate castigandi uxorem, ceu pluribus ostendit Tiraquell. *de ll. connub. gloss.* 1. *p.* 1. *n.* 22. Carpz. *l.* 2. *jurispr. eccles. def.* 212. *n.* 1. 2. Mev. *ad jus lubec. p.* 2. *tit.* 2. *art.* 12. *n.* 439. Wurmser. *tit.* 47. *obs.* 21. Farin. *oper. crim. quaest.* 143. modo (1) castigatio talis fiat justa de causa. Farinac. *pr. crim. qu.* 143. *n.* 74. *seqq.* nec (2) eadem in saevitiam degeneret, sed moderate fiat. Carpz. *cit. l. defin.* 121. *n.* 1. Strauch. *de jure mariti in uxorem. sect.* 3. §. 10. Dn. Schoepff. *Praeceptor quondam meus aetatem devenerandus in synops. jur. privat. tit. de rit. nupt. n.* 83. quae omnia tamen de nudo jure permittente intelligenda esse volo, ut uxor eo nomine nec injuriarum agere, nec ad separationem quoad thorum et mensam provocare possit. Alias si secundum regulas prudentiae et honestatis judicandum, consultius utique pro marito est, si haec extrema media, quae raro auctoritatem marito conciliant, sed potius animorum unionem dissolvunt, omiserit, cum revera ita infelicitatem conjugii, et discordiam magis augeat; amor enim castigatione non firmatur, sed tollitur; sublato autem amore, conjugii potissimum bonum tollitur, neque enim tantum videndum inter conjuges est, quid permissum sit, sed etiam quid honestum et consultum.

§. 16. Ex quo nunc facile constat, quid de quorumdam doctorum sententia judicandum, qui hoc jus castigandi uxorem adeo marito tribuunt, ut ne quidem renunciabile illud esse existiment, ob rationem, quod pactum de non castigando uxorem bonis moribus contrarium sit. Rol. a Valle *consil.* 27. *n.* 14. *et* 15. Mev. *ad jus lubec. cit.* 5. *n.* 440. Esbach. in Carpz. *p.* 2. *c.* 26. *defin.* 6. *n.* 2. *in fin.* Scilicet, cum hactenus ostensum sit, consultius, et honestius esse, ut maritus ab omnibus verberibus abstineat, non potest dici, quod hoc pactum bonis moribus contrarietur Confundunt praedicti doctores sine dubio duas separatas quaestiones, quarum prima haec est: an maritus pactis dotalibus omne imperium a se abdicare possit? quod pactum, tamquam bonis moribus contrarium supra rejectum est; altera est: an non promittere possit, quod nunquam uxorem castigare velit, licet vel maxime verbera promerita fuerit? quod utique affirmo, quia non statim eo ipso omne imperium a se abdicat. Imo si non turpiter, sed honeste facit, abstinendo a verberibus, et eo ipso tacite renunciat juri suo; cur non posset etiam expresse? Nec obstat, quod imperium castigatione potissimum sese exerat; nam hoc est, quod negatur: sunt utique adhuc alia remedia saniora, uxorem immorigeram ad meliorem mentem deducendi;

quae si inutilia, nec verbera aliquid operabuntur. Tiraquell. *ad ll. connub. gl.* 1. §. 9. *n.* 227.

§. 17. Hoc autem merito miror, quod Tiraquell. *cit. l. n.* 23. asserere haud vereatur, clericum paulo severius uxorem castigare posse. Et quidem hanc suam sententiam stabilire conatur ex *c. placuit.* 10. *c.* 23. *qu.* 2. ubi clericis injungitur, ut uxores peccantes custodiant, et castigent in domo sua, et ad jejunia salutaria, non mortifera eas cogant. Verum in hoc textu nulla clericis indulgetur castigatio, sed illis tantum poenitentiae ecclesiasticae gradus uxoribus imponendae praescribuntur, ne forsan necesse habeant, illas ob excessus commissos publice ecclesiae poenitentiam sistere, quod probrosum vel inde videbatur, cum nec ipsi clerici publicam poenitentiam agant. Maluerunt ergo canones, uxores clericorum potius privatim poenitentiam agere debere, ex quo tamen minime inducitur, clericos severius uxores castigare posse. Imo cum castigatio ipsa regulis prudentiae et honestatis adversetur, quanto magis clerici a severiori abstinere debent castigatione, qui typi gregis sunt. Nec obstat, quod tot doctores ab eo allegati idem sentiant, plerisque enim ex illis haud satis instructi fuerunt notitia ecclesiastica, ut adeo verum sensum canonum eruere haud potuerint.

§. 18. Quod si uxor praeter meritum atrocius fuerit castigata, habitaque, non dubium, quin eo nomine contra maritum agere possit. Et cum ita insignem sine dubio patiatur injuriam, quaestio est, annon uxor eo nomine contra maritum possit agere actione injuriarum? Communiter id negant, propterea, quod uxor marito debeat reverentiam et subjectionem, atque adeo actio famosa, inter conjuges tolerari non debeat. Hunc quoque in finem leges non admiserunt actionem furti inter conjuges, sed potius rerum amotarum introduxerunt *l.* 1. *ff. rer. amot.* vel etiam condictionem ex jure gentium, *l.* 1. *ff. d. t.* ut honor conjugii salvus relinquatur, Tiraquell. *ad ll. connub. alleg. l. n.* 24. Sande Dec. Fris. *l.* 5. *tit.* 8. *d.* 9. *sub fin.* Brunn. *ad l.* 2. *ff. rer. amotar.* Ex quo etiam inferunt, quod uxor non possit adversus maritum retorquere, cum negata actione injuriarum, negata quoque censeri debeat retorsio. Volunt itaque, actionem in factum potius instituendam esse. Tiraquell. *cit. l.* Quemadmodum vero hoc in levioribus injuriis facile admitto, ita gravior exsurgit difficultas, si atrociter castigata absque justa causa fuerit, ubi puto, contrarium utique asserendum esse, et quidem (1.) ob *l.* 7. §. 2. *et* 3. *ff. de injur.* ubi Jctus asserit, liberto adversus patronum non quidem semper dari injuriarum judicium, sed tunc demum, si injuria atrox sit, quam passus est, quod et postea extenditur ad liberos, si amplius non sint in potestate, (2.) ob *l.* 10. §. 2. *ff. de in jus voc.* ubi dicitur, quod interdum parentes et patroni ex causa famosa in jus vocari possint, si gravissima injuria filium vel libertum affecerint, et flagellis forte ceciderint, conf. Carpz. *p.* 2. *dec.* 248. qua sententia posita, juri haud contrarium erit, in atrocioribus injuriis actionem injuriarum contra maritum admittere; quin, quod in *nov.* 117. *c.* 14. *et auth. sed novo jure c. de repud.* mariti, uxores flagellis, vel fustibus illicite castigantes, poenam certam, tertiam scilicet antenuptialis largitatis partem etiam constante matrimonio dare debeant. 'mo hodie ob nimiam, et inemendabilem viri saevitiam in uxorem decerniter a consistoriis separatio quoad thorum et mensam, Nicol. *de divort. et repud. p.* 2. *c.* 5. *n.* 5. Linckius *de divort. sect.* 5. *n.* 6.

§. 19. Ex eadem potestate viri in uxorem fluit, quod, secundum statuta nonnullorum locorum haud possit uxor contrahere absque expresso consensu mariti, adeo, ut contractus ab ea gestus sit ipso jure nullus qualia statuta plenius explicat Tiraquell. *de ll. connub. gl.* 4. *et seqq.* De jure communi in receptitiis bonis omnino liberam retinet potestatem, neque apparet ulla juris nostri ratio, qua impediantur uxores absque consensu mariti contrahere, atque adeo in illis locis, ubi jus commune viget, pro validitate ejusmodi contractuum pronunciandum erit.

§. 20. Huic potestati in personas uxorum competenti respondet a parte uxorum reverentia, et subjectio conveniens, quo intuitu maritos suos olim *dominos* appellare sueverunt. Domini enim primum appellati sunt, quia domui praesunt, imperium in ea habent, quibusque tota familia parere tenetur; Barnabas Brisson. *de verb. sign. voc. Dominus.* sic in *l.* 57. *ff. de don. inter vir. et uxor.* dicitur: *cum petenti mihi a te, Domine charissime etc.* sic in *l.* 58. §. 2. *de leg.* 2. uxor tectatrix maritum vocat dominum suum, sic et Sara Abrahamum *dominum* suum vocabat. *Genes.* 28. quod exemplum laudat Petrus 1. *Petr.* 3. 6. Ad hanc ipsam subjectionem provocavit Justinianus *in l. assiduis* 12. *c. qui pot. in pign. hab.* ubi ei tribuit privilegium praelationis, et tacitae hypothecae ratione dotis, et deinde subjicit: *quis enim non misereatur propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum, et ipsam liberorum procreationem: quibus multa nostris legibus inventa sunt privilegia.* Posset ergo dubitari cum Sichardo ad *cit. l. ult. n.* 14. an uxor imperiosa, quae simul sterilis est, possit praetendere hoc dotis privilegium? Equidem alias certum est, cessante causa cessare effectum, et cum imperator uxoribus hoc tribuerit privilegium propter partus difficultatem et subjectionem, dicendum videretur, cessare hoc privilegium, si uxor imperium in virum exerceat, et sterilis sit. Verum recte contrarium asserit Sichardus *cit. l.* cum hujus privilegii causae adductae non sint adaequatae, sed potissima ratio adhuc in favore dotis et fragilitate sexus consistat. Neque statim cessat privilegium, si vel maxime in casu quodam particulari cesset, cum sufficiat, quod causa non in totum, et universaliter cesset. Lauterb. *in colleg. ff. tit. de ll.* §. 24. Tiraquell. *tr. cessante causa*, ubi infinitas hujus regulae tradit limitationes. Alioquin, si propter imperium in maritos uxores suis essent privandae privilegiis, paucissimae illis gauderent, cum pleraeque si non vi, tamen clam et precario, imperium exercere soleant.

§. 21. Fluit ex hac subjectione quod uxor maritum domicilium mutantem sequi teneatur. *l.* 13. *c. de dignit.* adeo, ut si vel maxime maritus pactis dotalibus promiserit, se non discessurum a domicilio uxoris, tamen nihilominus mutantem domicilium sequi teneatur. Hillig. *ad donell. l.* 13. *c.* 21. *lit. in* Gometz. *l.* 2. *res.* 10. *n.* 22. Beust. *de matrim. c.* 32. modo justa et inopinata causa supervenerit, propter quam maritus domicilium suum mutare debeat. Quin, quod etiam maritum vagabundum sequi teneatur, si talis fuerit tempore contracti matrimonii, et uxor hoc ipsum non

ignoravit. Tiraquell. *ad ll. connub. gl.* 1. *p.* 1. *n.* 39. Beust. *cit. loc.* Hillig. *cit. loc.* Richter. *p.* 1. *dec.* 9. *n.* 6. veluti, si scienter nupserit circumforaneo et histrioni. Quod adeo extendunt, ut putent, uxorem quoque sequi teneri maritum relegatum et bannitum, Aegid. Boss. *in pr. crim. sub tit. de bon. public. n.* 75. Hartm-Pistor. *obs.* 148. *n.* 3. Verum hoc tamen temperandum esse cum Heigio putat Carpz. *pr. crim. qu.* 130. *n.* 46. ut sc. non adeo severe cum uxoribus agatur, si difficultates rei familiaris, et educandorum liberorum adsint, propter quas commode sequi non possit, praesertim, cum in eo casu fere tantummodo maritum sequi jubeatur, si propter uxoris intercessionem poena adulterii atrocior in relegationem mutata fuerit.

§. 22. Ex hac potestate maritali in uxorem nunc (II) descendit jus viri in bona uxoris, ejusque operas, in quo praecipuus effectus maritalis potestatis se exerit, simulque innuit, maritorum jus de jure romano non esse inane, aut in solo imperio consistens, sed praeterea effectum acquisitivum secum ducens. Sed de hoc effectu in sequentibus paulo prolixius erit agendum, hoc quidem ordine, ut in proximo capite de *jure mariti in acquaestu uxoris* generaliter agam, postea specialibus capitibus *de operis uxorum obsequialibus et artificialibus* tractem, ex quibus distinctius explicatis de potestate maritali circa bona et fortunas uxorum clare constabit.

CAPUT II.

De jure mariti in acquaestu uxoris.

SUMMARIA.

An ex sola potestate mariti in uxores jus in acquaestum et bona uxoris possit deduci? §. 1.
An sit communio bonorum inter conjuges? §. 2.
Quid de jure communi dicendum? §. 3.
Decisio. §. 4.
Respondetur dubiis. §. 5.
An de jure canonico talis communio statui possit? §. 6.
Acquisita constante matrimonio non sunt communia. §. 7.
Quando maritus lucretur fructus bonorum paraphernalium? §. 8.
An moribus plus juris habeat in bona paraphernalia? §. 9.
Quid si non constet, quo titulo bona ad uxorem pervenerint? §. 10.
Fundamentum hujus praesumptionis. §. 11.
Verus sensus l. 51. *cit. adducitur. ibid.*
Formantur duae regulae ex adductis textibus. §. 12.
Regulae primae requisita. §. 13.
An maritus probare debeat, bona constante matrimonio esse acquisita? ibid.
Quid si ante matrimonium a sponsa aliquid acquisitum? §. 14.
Limitatio. ibid.
Quid de vidua dicendum? § 15.
An matrimonium initum requiratur? §. 16.
Uxor semper hoc in casu contrarium probare tenetur. §. 17.
Quomodo probare possit uxor, rem constante matrimonio acquisitam ad se pertinere? §. 18.
An in possessorio haec praesumptio aliquid operetur? §. 19.
Quatenus ad maritum ejusmodi acquisita pertineant? §. 20.
Acquaestus quid? §. 21.
De societate conjugali statutaria. §. 22.
Quid si varient statuta uxoris et viri? §. 23.
De jure mariti in acquaestum conjugalem ex statutis locorum. §. 24.

§. 1. Equidem alias ex statu personarum earumdemque conditione jura varia deduci possunt, atque adeo, postquam de statu mulierum sub potestate virorum existentium praecedente capite disquisivimus, videndum est, an ex hoc statu possit jus mariti circa bona et acquaestum uxoris colligi. Difficile vero id valde esse autumo, cum potestas hodie fere eadem maritorum in uxores sit, et tamen jura diversimode varient, ita, ut alicubi communio vera, et proprie dicta bonorum adsit, alicubi vero impropria; sicut enim ipsa potestas maritalis legibus civilibus varie est determinata, et definita, ita quoque jus in bona uxoris variis modis a legibus restrictum et informatum est. Et cum potissimum tota dicendorum ratio sese ad statuta et commune jus referat, hinc quoque primum videndum est, quale jus marito secundum *jus commune romanum* in acquaestu uxoris competat, deinceps, quid statutis certorum locorum hic immutatum sit.

§. 2. Capitalis autem et fundamentalis hic ante omnia quaestio est examinanda, an ex societate conjugali per se fluat communio omnium bonorum? Equidem, quemadmodum in *capite antecedente* jam dictum est, nec per se maritalem potestatem ex societate conjugali fluere, ita quoque ipsa societas conjugii causa inita non necessario involvere videtur communionem omnium bonorum, licet vel maxime eidem conformis sit. Potissimum enim haec societas initur sobolis procreandae causa, qui finis potest obtineri absque communione omnium bonorum: ex quo fluit, pactis opus esse, si talem communionem inter se constituere velint. Et licet uxor dicatur quaedam thori socia, hoc tamen ad ipsa bona non pertinet, sed tantummodo ad actus matrimonii proprios. Quod si vero iterum id, quod magis huic societati conveniat, et honestum videatur, inspicimus, omnino asserimus, societati huic inprimis convenire communionem omnium bonorum, praesertim, cum arctissima inter conjuges vitae consuetudo sit, ac perpetuum consortium, et praeterea uterque conjugum cooperetur in communem rei domesticae utilitatem, quae non rectius, quam per ejusmodi communionem impetratur. Verum cum hujusmodi ratiocinationes aliquid quidem ponderis habeant, non tamen necessitent, legibus opus fuit, quae hanc rem decideret.

§. 3. Quod si itaque rem secundum jus romanum considero, non defuerunt, qui veram bonorum com-

munionem inter conjuges fingerent, inter quos quoque referendi sunt Nicol. Boerius *ad consult. Bituv. tit. de consuet. matrim.* §. 2. Joh. Lupus *ad rubr. de donat. inter virum et uxorem* §. 6. Segura *de lucro constante matrim. acquisit. n.* 65. *seqq. et n.* 244. Varias autem solent conglomerare rationes, adeo, ut quidam prima hujus communionis cunabula a legibus Romuli petere haud vereantur, persuasi, deinceps continuata serie idem jus in posteros derivatum esse. Equidem Dionys. Halicarnass. *l.* 2. *rom. antiquit.* hujus legis Romuli meminit his verbis: *lex autem haec erat: mulierem nuptam, quae ex sacris legibus in manum mariti convenisset, cum eo omnium bonorum et sacrorum participem esse.* Ad quam legem etiam respexisse videtur Plutarchus *in praecept. connub. l.* 20. ajens: *etenim romanus legislator lege cavit, ne conjugum alter alteri donaret quicquam, non, ut nullius rei participes fierent, sed ut omnia communia judicarent.* Conf. Balduinus *ad ll. Romuli c.* 13. Hoc fundamento semel posito, putant quoque in jure romano clara adhuc hujus legis vestigia superesse. Nam (*a*) existimant, ob hanc communionem maritum *dominum*, et uxorem *dominam* vocatam fuisse, sicuti de marito textus *cap. antec.* adducti sunt, de uxoribus vero res liquida videtur *ex l.* 41. *pr. ff. de leg.* 3. *l. filia.* 19. §. 1. *ff. de ann. leg.* ibi dicitur *sanctissima domina l.* 40. §. 1. *ff. de aur. arg. mund. legat.* et ipse Dionys. Halicarnass. *cit. loc.* mox subjungit, quod uxor aeque esset domina familiae, atque ipse vir, id quod intuitu communionis antea firmatae dixisse videtur, (*b*) putant, Paulum agnovisse hanc communionem *in l.* 1. *ff. rerum amotar.* asserendo, *societatem vitae uxorem quodammodo dominam facere*, quemadmodum etiam alii Jcti huc inclinare videntur, ut Tryphoninus in *l.* 52. *ff. de re judic.* qui asserit, actionem rerum amotarum *praecedentis societatis vitae* causam habuisse, quo sensu quoque Modestinum in *l.* 1. *ff. de rit. nupt.* nuptias definivisse volunt, quod sint *conjunctio maris et foeminae, et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*, quem textum satis apte videtur illustrasse Gothofred. *in not. lit. n.* ex Columella *l.* 12. ajente: *nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil, quod aut maritus, aut foemina proprium esse sui juris diceret, sed ut commune conservabatur ab utroque, ut cum forensibus negotiis matronalis sedulitas industriae rationem parem faceret.*

§. 4. Sed his non obstantibus, contrarium dicendum esse existimo, nullam scilicet proprie dictam et veram communionem inter conjuges de jure romano adesse, ita ut ipsa rerum proprietas inter conjuges communicetur. Quamvis enim negari non possit, aliqualem bonorum communionem *quoad usum* inter conjuges esse, quam nonnulli honorariam h. e. impropriam dicunt Strov. *ex* 29. *th.* 56. inde tamen non statim vera aliqua omnium bonorum societas effingi potest, quod exinde liquidum est, quia (*c*) bona mariti ejus propria manent, sicuti etiam uxor proprietatem bonorum suorum extra dotem retinet; nam receptitiorum nequidem administrationem maritus habet, sed uxor illa ipsa sibi reservat, Carpz. *de bon. uxor. recept. th.* 6. in paraphernalibus autem ex voluntate nuda uxoris maritus administrationem consequitur, praetereaque nihil, adeo, ut nequidem usumfructum sibi in illis jure communi vindicare possit *l.* 8. *c. de pact. convent. l.* 9. 23. *ff. de jur. dot.* Et cum paraphernalia plane mariti non fiant, sicuti dotalia, sed in dominio uxoris maneant, potest uxor eorum nomine cum marito agere actione depositi, si deposita, mandati, si administratio commissa sit *l.* 9. *cit.* imo libere de illis disponere, alienare, oppignorare absque consensu mariti, et executio pro debito uxoris in ea fieri potest, non vero pro debito mariti, Coler. *de process. execut. p.* 2. *c.* 3. *n.* 262. quae omnia naturae communionis omnium bonorum contraria sunt. (*b*) Certi quoque juris est, uxorem pro marito et vice versa debita solvere haud teneri *t. t. c. ne ux. pro marit. nec marit. pro uxor.* quod tamen fieri deberet, si communio omnium bonorum esset inter conjuges. (*c*) Nec aliter communio bonorum omnium inter conjuges inducitur, quam mediante contractu societatis, quod expresse patet ex *l.* 16. §. *f. ff. de alim. legat. l. cum status* 32. §. 24. *ff. de donat. inter vir. et ux. l.* 17. §. 1. *ff. solut. matr.* qualis contractus haud requiritur inter conjuges, si ex natura societatis conjugalis per se communio omnium bonorum induceretur, quin potius exinde colligitur, extra casum contractae societatis non dari communionem omnium bonorum. (*d*) Denique in variis textibus aliis bona utriusque distincte satis separantur, ut nulla communio inter eos concipi possit. *l.* 17. *ff. ad sctum vellej. l.* 38. *ff. de contrah. empt.*

§. 5. Hisce fundamentis haud adversantur ea, quae §. 3. adducta sunt. Quin licet vel maxime concedamus, legibus Romuli olim talem constitutam fuisse communionem omnium bonorum inter conjuges, inde tamen juris prudentia recentior non amplius aestimanda, quae post regifugium plures alias novas et diversas leges accepit. Praeterea haec communio erat tantum effectus matrimonii per *confarreationem* tamquam singularem ritum contracti, de quo vid Brisson. *de rit. nupt.* et Hottoman. *de nupt.* qualis ritus postea abolitus est, et nova plane ratio inundorum matrimoniorum introducta, et cum postea frequentia divortiorum accederet, quae sane tempore Romuli erant incognita, teste Dionys. Halicarnass. *cit. l.* non potuit amplius communio illa bonorum commode subsistere, cum ita matrimonii vinculum factum fuerit lubricum, et facile dissolubile, quod ejusmodi communioni et individuae vitae consuetudini repugnat. Caeterum, re licet in effectu apud romanos mutata, denominationes tamen ex antiquo jure varias superstites mansisse constat, ita ut in communi vita nihilominus uxor adhuc vocata fuerit *domina, socia omnis fortunae*, prout ex adductis textibus constat, qui tamen jam longe alio sensu intelligi debent: quin quod in *l.* 1. *ff. rer. amot.* diserte illi refutentur Jcti, qui communionem bonorum inter conjuges statuerant: et denique quod definitionem *l.* 1. *ff. de rit. nupt.* concernit, illa adhuc pristini juris reliquias itidem fovere videtur, introducto autem noviori jure longe aliter intelligenda, ut dd. agnoscunt. Et haec sententia unanimi dd. calculo approbata est. vid. Heig. *l.* 1. *qu.* 29. *seqq.* Menoch. *l.* 3. *praes* 51. Peckius *de test. conjug. l.* 2. *c.* 1. *n.* 1. Andreas Kohl. *ad const. march. de success. conjug.* Covarruv. *de matrim. p.* 2. *c.* 7. §. 1. Garsias *de acquaest. conj. n.* 31. *et in tr. de expensis l.* 13. *n.* 14. Mev. *ad jus lubec. l.* 1 *tit.* 5. *def.* 1.

§. 6. Non tamen desunt, qui saltem ex jure canonico

communionem aliquam bonorum inferre conantur, et consequenter, cum in matrimonialibus jus canonicum communiter attendere soleamus, in praxi quoque communionem aliquam statuendam esse volunt Gl. *in c. societas. c.* 27. *qu.* 2. Nicol. Everhard. *vol.* 2. *consil.* 53. *et* 56. qui sententiam suam firmare allaborant ex *c.* 2 *x. de donat. int. v. et u.* ubi ita: *mandamus, quatenus si verum est, quod proponitur, et non est aliud, quod obstat, ipsam ad restitutionem dotis, et divisionem eorum, quae olim communiter habuerunt, ecclesiastica districtione compellas*. Verum ex hoc textu nihil solidi inferri posse existimo, cum si ex mente pontificis communio omnium bonorum esset inducta per matrimonium, frustra dotis restitutionem in specie injungeret, inde varie hunc textum explicant Mev. quidem *cit. l. n.* 7. putat, verba praedicta enunciative tantum loqui de nonnullis communibus, quae esse possunt utriusque pecunia empta, prout alii quoque ab eo allegati hunc textum explicant: sed explicatio haec nimis divinatoria est, et non satis tuta, Veriorem interpretationem dedisse videtur Gonzalez. *ad cit. c.* 2. *n.* 6. ostendens, loqui dictum textum de particulari provinciae consuetudine: scilicet textus loquitur de uxoribus Lexoviensis dioecesis, quae est in Gallia, uti inscriptio docet, secundum cujus consuetudinem bona constante matrimonio acquisita dividebantur inter conjuges, uti probat Gonzal. *alleg. l.* et sic pontifex ex merito in decisione se debuit accommodare ad illius provinciae mores et statuta, nullo vero modo jus canonicum introducere voluit. Neque plus praesidii dissentiendo hauriunt ex *c.* 10. *x. de consuet.* ibi itidem pontifex examinat quasdam particulares consuetudines easque improbat, nihil vero de hac quaestione, an communio bonorum omnium inter conjuges sit, decidit.

§. 7. Cum itaque satis evictum sit, de jure communi non esse communionem bonorum inter conjuges. Facile quoque apparet, illa ipsa, quae constante matrimonio acquiruntur, haud esse communia inter conjuges tamquam inter socios, sed alterutri ex conjugibus esse adjudicanda. Qua in re, ut rite versemur illa, quae constante matrimonio acquiruntur, ante omnia distincte sunt ponderanda. Quaedam enim acquiruntur titulo lucrativo, quaedam vero oneroso. Quae lucrativo acquiruntur, sunt omnia illa, quae vel titulo haereditario, vel legati, vel donationis ad uxorem pervenerunt, et in his tantum marito juris competere videtur, quantum uxor marito concedere voluit. Nam primo illa in augmentum dotis marito concedere potest, et eo casu marito dominium aliquod in illa retribuendum est. *l.* 18. §. 1. *ff. sol. matr. l.* 1. *l.* 75. *ff. de jur. dot. l.* 13. §. 2. *ff. de fund. dot. l.* 23. *c. de jur. dot. l. l.* 9. *c. de r. v.* potest enim constante matrimonio dos et augeri et minui. *l.* 19. *l.* 20. *c. don. propt. nupt. auth. sed jam. c. eod.* Augmentum autem dotis nihil a dote differt, et sic, quod in ea locum habet, in augmento quoque locum habebit. *l. inter socerum* 26. §. 2. *ff. de pact. dot. l.* 8. *c. de pact. dot.* Menoch. *consil.* 154. *n.* 4. Roland. a Valle *tractatu de lucr. dotis qu.* 200. Idem quoque dicendum, si non quidem ex voluntate uxoris sed aliunde res dotalis augeatur constante matrimonio, veluti, si marito nuda proprietas in dotem data sit, et usufructuarius moriatur, hic usufructus proprietati accedit, et sic incrementum dotis fit, non nova dos, quemadmodum si quid alluvione accessisset, ut dicit Jctus *in l.* 4. *ff. de jur. dot.* Deinde si constante matrimonio acquisita uxor marito in dotem haud assignat, liberum ei est, velitne illa marito administranda concedere, nec ne. Priori casu bona dicuntur paraphernalia; posteriori vero receptitia. In his marito nihil juris competit, sicut nec in illis, quale quid etiam Paduae obtinere testatur Menoch. *l.* 3. *praes.* 9. *n. ult.* De jure communi in rebus, quas extra dotem uxor habet, nullam habet maritus communionem, prohibente uxore. *Quamvis enim*, ioquiunt imperatores *in l.* 8. *c. de pact. convent. bonum erat, mulierem, quae se ipsam marito committit, res etiam ejusdem pati arbitrio gubernari: attamen, quoniam conditores legum aequitatis convenit esse fautores, nullo modo, muliere prohibente, virum in paraphernis se volumus immiscere.* Idem quoque confirmatur *in l.* 11. *c. eod.* inde constat, marito nihil juris praeter nudam administrationem competere quia eo nomine uxori, vel ejus haeredibus ad rationes reddendas tenetur, ut colligi potest ex *l.* 95. *pr. ff. ad l. falcid.* et hinc, si fructus ex his bonis perceptos in suam propriam utilitatem vertat, ad eorum restitutionem tenetur. Mev. *ad jus lub. l.* 1. *tit.* 5. *pr. n.* 12. *l.* 1. §. 1. *ff sol. matr.*

§. 8. Quamvis autem, uti hactenus dictum, non possit ita lucrari maritus fructus paraphernalium, ut eos in proprios usus convertat, hoc tamen ei permissum est, ut in promiscuos suae personae, et uxoris eos convertere possit, sicut quoad usuras imperator hoc declarat *l. f. c. de pact. convent.* Petr. Barbosa *ad l.* 1. §. 1. *ff. solut. matr. n.* 3. Mev. *cit. l.* Si jam fructus a viro consumpti sunt; distinguendi casus inter se videntur: primo, quando illos contra uxoris voluntatem consumpsit, non dubium, quin ad eorum restitutionem teneatur. Menoch. *l.* 3. *praes.* 9. *n.* 7. Deinde, quando illa volente, patiente, et consentiente fructus consumpsit maritus, valde ambigui haerent doctores, an hoc in casu marius lucretur fructus, ut eorum nomine plane non teneatur. Equidem Castrensis *cons.* 199. *l.* 2 omnino hoc quoque casu fructus maritum non lucrari arbitratur, propter *l. pen. pr. ff. ad l. falcid.* ubi in genere asseritur, maritum de fructibus rationes reddere debere; nec distinguitur, an fructus sint extantes, an consumpti, an naturales, an vero industriales, imo frustra redderetur ratio, si nulla fieri deberet fructuum restitutio. Verum recte animadvertit Menoch. *cit. l. n.* 13. commode textum intelligi posse de fructibus adhuc extantibus, de quibus hic non est quaestio; nec porro Scaevola definit, quid deberet maritus vel non, nec de fructuum restitutione ibi interrogatus fuit, ergo nec hoc definire debuit; quin quoque non determinatur, an volontate uxoris fructus consumpserit, nec ne, atque adeo ex hoc textu nulla decisio peti potest. Distinguendum itaque cum Menoch. *cit. l. n.* 15. inter fructus naturales, et industriales. Hos ex voluntate uxoris maritus lucratur, sive in communem usum convertit, quo casu res clara est ex *d. l. fin.* sive in proprium, quia sic uxor eos donasse censetur; accedit, quod maritus in compensationem laborum illos percipiat, sicut etiam ex re donata fructus percepti haud restituuntur. *l.* 17. *ff. de don. inter v. et ux.* Cum vero haec ratio cesset in naturalibus, merito, siquidem magni sunt valoris et immodici, donatio talis haud subsistet, nisi morte confirmata fuerit. *l. ex annuo* 15. *ff. eod.* Caeterum, si haud constet,

an maritus voluntate uxoris fructus consumpserit, dicendum existimat Menoch. *cit. l. n.* 19. uxorem non consensisse, et propterea maritum omnes fructus perceptos teneri restituere. Quamvis certum sit, donationem non praesumi, dubium tamen omnino ex eo superest, quod uxor saltem passa sit maritum consumere fructus, nec contradixerit, et quod propter intimam conjunctionem donatio inter conjuges eo ipso praesumatur facta fuisse. Mev. *ad jus lubec. l.* 1. *tit.* 5. *ad rubr. n.* 13. ex quo Germaniae consuetudinem et praxin hoc modo declarari asserit.

§. 9. Verum moribus plus juribus marito tribuendum esse, existimat Strauch. *de jure mar. in uxor. et res uxor. sect.* 4. *c.* 1. *n.* 1. *in fin.* ob hanc rationem, quod moribus uxores per nuptias cum universa bonorum substantia transeant in potestatem viri; ex quo principio concludit, maritos vi potestatis illius esse legitimos bonorum uxoris administratores, et fructuarios. In eamdem sententiam transiit dn. Schilt. *Ex ad ff.* 36. §. 28. ubi asserit, maritum ex fundis uxoris fructus capere jure maritali, et ex genuinis principiis juris Germaniae non dari differentiam rerum dotalium et paraphernalium, sed maritum in omnibus indifferenter idem jus habere. Verum quemadmodum de jure saxonico facile hoc concedimus, Carpz. *p.* 4. *c.* 21. *def.* 1. *n.* 7. Bachov. ad Treutler. *vol.* 2. *disput.* 6. *th.* 7. *lib.* 1. ita dubium adhuc illud superest, an exinde universalis Germaniae praxis colligi possit, praesertim in illis locis, ubi jus romanum pro regula assumitur, quia ipse dn. Schilter. §. 80. fatetur, etiam de jure saxonico electorali illa bona, quae constante matrimonio jure haereditario acquiruntur, esse adhuc paraphernalia, a dotalibus distincta, quo ipso omnis distinctio non potest dici sublata. Idem jus, quod marito tribuit jus saxonicum, etiam Paduae observari tradit Menoch. *cit. l. in fin.*

§. 10. Sed revertor ad alia bona, de quibus non satis constat, quo titulo et jure ad uxorem pervenerint, et haec ad mariti jus spectant. Mynsing. *cent.* 20. *obs.* 92. *n.* 1. quoniam in dubio praesumuntur acquisita ex re mariti. Ita enim in *l.* 51. *ff. de don. int. vir. et ux.* disponitur: *Quintus Mutius ait cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenit, et verius, et honestius est, quod non demonstratur, unde habeat, existimari a viro, aut qui in potestate ejus esset, ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Mutius probasse.* Idem confirmat Alexander in *l.* 6. *c. eod. in fin.* ubi ait. *Nec est ignotum, quod cum probari non possit, unde uxor matrimonii tempore honeste quaesierit, de mariti bonis eam habuisse, veteres juris cultores merito crediderint.* Haec sententia apud veteres jctos tum decantata fuit ut etiam Plautus ejus mentionem injiciat in *casina act.* 1. ajens.

Unde ea tibi? Nam peculii probam nihil habere addecet.
Clam viro: et quae habet parta, et haud commodi est,
Quin viro aut subtrahat
Aut stupro invenerit. Hoc viri censeo esse omne, quicquid huic est.

Ex hisce adductis textibus doctores communiter hanc formare solent regulam: quicquid uxor acquirit constante matrimonio, in dubio praesumitur ex mariti bonis acquisivisse, adeoque ad maritum, et ejus haeredes pertinet, et in dubio pro marito stat praesumptio, quod hujus opera et diligentia auctae sint facultates. Mynsing. *cit. l.* Francisc. Niger Cyriacus *controv. for.* 41. *n.* 3. Menoch. *l.* 3. *praes.* 5. Petr. Heig. *p.* 1. *qu.* 30. Carpz. *p.* 3. *c.* 25. *def.* 8. *c.* 20. *defin.* 18. *n.* 5. *et l.* 1. *resp.* 8. 15. Mev. *ad jus lubec. l.* 2. *tit.* 2. *art.* 12. *n.* 91. *et* 124. Manzius *de testam. tit* 13. *qu.* 14. *seq.* Lopez. *de jur. marit. et uxor. c.* 4. *n.* 10. Brunnem. *ad l.* 15. *ff. de don intr. v. et u. n.* 1. Berlich. *p.* 2. *def.* 224. *n.* 18. Gail. *l.* 2. *obs.* 29. *n.* 9. Ant. Fab. in c. *l.* 4. *tit.* 14. *def.* 36.

§. 11. Fundamentum hujus praesumptionis non ex potestate maritali, sed ex eo deducitur, quod in dubio pro uxore mitior praesumptio sit capienda. Cum enim titulum acquisitionis vel ostendere, vel probare non audet, hoc fieri videtur ex duplici ratione, (1.) quod tales res sint donatae a marito uxori, qualis donatio erat prohibita, et sic divortio forsan facto ab uxore, vel ea mortua ante maritum ab haeredibus allegari non solebat, quoniam animadvertebant, se hoc modo rem talem retinere non posse. *l.* 6. *c. de don. intr vir. et ux.* (2) quod forsan uxor acquisierit ex turpi quaestu, adulterio scilicet; qualem turpitudinem itidem allegare haud audebat. Cum itaque posterius non erat praesumendum, cum omnis praesumptio esset delicti exclusiva, prius utique praesumendum erat, atque adeo tales res, quarum acquisitionis titulus ab uxore ostendi non poterat, vel mariti esse praesumebantur, vel apud uxorem remanebant. Posterius fieri videtur, si maritus ante uxorem moriatur, quia sic per mortem talis donatio confirmabatur. Prius vero tunc fit, quando uxor ante moritur, vel alias divortium fit, vel constante matrimonio quaestio inter conjuges ventilatur, cujusnam haec vel illa res sit. Ex quibus adductis posset potius regula ex cit. ll. ita deduci: quando non constat, quo titulo uxor rem acquisiverit, potius eidem censetur donata a marito, quam turpi lucro quaesita; quae regula ex eo clara esse videtur, tum, quod uterque textus sub titulo *de don. int. vir. et ux.* reperiatur, et sic in dubio ex rubrica explicandus sit, tum, quod etiam in specie in *l.* 6. *c. cit. tit.* agatur de re uxori donata, et postmodum regula haec subijciatur. Verum enim vero, quamvis haec ita probabiliter dici possint, tamen omnes fere ad unum doctores generaliter et latius hanc regulam extendunt, et hanc praesumptionem non tam de donatione facta uxori capiendam volunt, sed potius de acquaestu ex re ipsius mariti, quam omnino ad maritum spectare certi juris est. Non raro enim uxores ex re mariti sibi aliquod peculium colligere, et ita marito aliquid subtrahere solent, uti ait Plautus *loco citato* vel etiam suis operis aliquid acquirere, quae omnia utique mariti esse, nemo negaverit. Cum itaque uxor non possit ostendere titulum suae acquisitionis, honestius est praesumere, res tales ex bonis mariti esse acquisitas, quam ex stupro. Quod si enim, uti antea dictum, de praesumpta donatione hoc intelligendum esset, non video, cur uxor non possit hunc titulum allegare, qui aliquando ei posset esse proficuus, maxime post mortem, in quo casu potissimum tales controversiae incidunt: neque obstat, quod in *citat. l.* 51. dicatur, praesumendum esse, *bona a viro ad eam pervenisse*, quae verba quidem possent intelligi com-

mode de donatione a viro facta, sed tamen, quomodo a viro ad eam pervenerint, non exprimitur, neque donatio facile ex his verbis colligi potest, utpote quae non praesumitur, atque adeo imperator Alexander in *l.* 6. *c. de don. inter. vir. et ux.* haec ita explicat. *de mariti bonis eam habuisse*, quae clare ostendunt, donationem hic non esse subintelligendam, quorsum etiam collineat Plautus *cit. loc.* qui hanc veterum Jctorum regulam explicat, nec illius donationis praesumptionem pro fundamento collocat.

§. 12. Revera itaque duae regulae in adductis textibus deprehenduntur. Prima est, *quicquid uxor constante matrimonio acquirit, in dubio praesumitur acquisivisse ex bonis mariti.* Brunnemann. *ad cit. l.* 51. *n.* 1. Berlich. *decis.* 224. *n.* 18. *ibique allegati.* Altera vero haec est: *bona constante matrimonio ab uxore acquisita ex bonis mariti ad ipsum maritum spectant.* Brunn. *cit. l. n.* 4. Haec deducitur ex potestate mariti in uxorem, illa vero ex praesumptione in mitiorem partem pro uxore capienda, uti antea dictum. De singulis itaque regulis peculiariter in seqq. videndum.

§. 13. Quoad regulam primam, ut illa, quam diximus, procedat praesumptio, certa quaedam annotari solent requisita, quae nunc quidem sub incudem revocanda. Sic volunt (1) *ante omnia constare debere, bona illa, de quibus quaestio est, constante matrimonio ab uxore esse acquisita.* Ex quo concludunt, quod si uxor neget, se constante matrimonio talia bona acquisivisse, per simplicem negationem ita transferatur onus probandi in maritum, vel ejus haeredes, quod talia bona fuerint acquisita constante matrimonio. Rationem hanc volunt esse, quod dispositio *d. l.* 51. se fundet in eo, quod bona constante matrimonio fuerint acquisita, non autem ante vel post, et sic, qui se in illo tempore fundat, tenetur tempus ipsum probare. Salycet. ad *l. d.* 51. Decian. *vol.* 2. *consil.* 47. *n.* 13. Petr. Barbosa *ad l. Cajus.* 46. *n.* 12. *ff. solut. matrim.* Verum ab hac sententia recedit Menoch. *l.* 3. *praes.* 51. *n.* 21. *seqq.* qui hanc regulam generalem statuit, quod si bona reperiantur apud uxorem, vel constante matrimonio, vel eo soluto intra annum luctus, praesumantur bona mariti, adeoque viri, onus probandi imponendum esse mulieri, quod ante matrimonium tales res acquisiverit; alioquin enim facile uxori esset, reddere elusoriam juris dispositionem sola negatione, cum ita contra juris dispositionem maritus oneri probandi subjiceretur. Idem cum Menochio Aretinus *consil.* 31. *n.* 5. defendit, et hanc rationem satis concludentem adjungit, quod uxor probando, se rem ante matrimonium acquisivisse, excludat praesumptionem. Scilicet praesumit lex, omnia, quae acquisivit uxor, esse ab ea acquisita ex bonis mariti, et sic quoque constante matrimonio; et huic praesumptioni tamdiu standum, donec probatum sit contrarium ab uxore, haec autem facile contrarium probare potest, si ostenderit, se rem jam ante matrimonium acquisivisse, et sic ad paraphernalia referendam esse. Verum, quemadmodum praesumptio fortior tollit aliam praesomptionem, ubi inter se colliduntur, ita quandoque hoc in casu onus probandi marito injungi recte potest, si scilicet probabile sit ex circumstantiis adductis, mulierem talia bona ante matrimonium acquirere potuisse, prout etiam Petrus Faber, et Menochius, alias sibimet contrarii, suam opinionem restringunt.

§. 14. Quod si itaque constat, ante matrimonium aliquid ab uxore esse acquisitum, cessabit dispositio *l.* 51. et marito nihil juris in illam rem competet. Neque aliud dicendum arbitror, si vel maxime sponsa aliquid constantibus sponsalibus acquisierit, sive enim ex bonis sponsi acquisierit, sive aliunde, perinde est, quia inter desponsatos valet donatio, et praeterea cessat ratio illius potestatis, quam maritus in uxorem habet, propter quam uxor acquirit suo modo, neque enim sponsa qua talis est in potestate sponsi, Tiraquell. *ad ll. connub. gl.* 2. *n.* 18. *seqq.* et licet nonnunquam sponsalia et matrimonium ad paria reducantur, non tamen propterea prorsus eadem sunt, sed adhuc multifariam differunt, ubi ratio diversitatis aperta dari potest, uti hoc casu, ubi sponsa nihil sponso acquirit suis operis, sed potius sibi operatur, sibi laborat, sibi tantum agit, nec adhuc societas illa conjugalis est contracta, ex qua possit marito acquirere. Et si vel maxime admitteretur, quod Gail. *l.* 2. *obs.* 80. fuse disputat, de quaestione, *an statutum de lucranda dote habeat locum in sponsa*, de quo tamen alii dubitant, vid. Graevaeus *concl.* 80. Hillig. *ad Donell. l.* 14. *c.* 5. *lit. d.* attamen dicta ejus ad hunc casum, ubi agitur de acquaestu, minime applicari possunt, ubi quaedam communicatio bonorum quoad usum supponitur, quae non adest regulariter, nisi in actuali matrimonio. Caeterum hactenus dicta possunt ex circumstantiis suo modo limitari. Ponamus, viduum ex statuti dispositione intra annum luctus non posse ad secundas nuptias transire, interim tamen, quia diversorium publicum exercet, citius ad sponsalia celebranda admittitur, ut auxilio et ope sponsae diversorium exercere commodius possit. Vel ponamus, sponsum aliis de causis impediri, quo minus cum sponsa matrimonium ad aliquod temporis spatium consummare possit, interim tamen sponsam praefuisse rei domesticae, et pendente hac administratione quaedam acquisivisse, annon credendum itidem est, ex re sponsi sponsam hoc acquisivisse. Equidem ratio diversitatis haec adesse videtur, quod uxor teneatur ad operas marito praestandas, non autem sponsa; verum hic supponimus casum, ubi sponsa operas sponso libera voluntate praestat in re oeconomica, et sic omnino eidem suis operis acquirit, atque adeo eadem praesumptio pro sponsa quoque capienda, ut si non possit ostendere titulum acquisitionis, potius ex re sponsi acquisivisse, quam ex turpi quaestu existimetur.

§. 15. Sic eodem modo quaestio existit, an etiam haec dispositio extendi debeat ad viduam, quae forsan brevi post mortem viri aliquid acquirit, ita ut etiam praesumptio capi debeat, ejusmodi acquisita ex bonis mariti esse profecta? Id quod plurimi affirmant hisce duabus sub circumstantiis, (*a*) si bona emerit intra annum luctus mortuo marito, vel (*b*) post annum luctus remanserit in administratione bonorum viri cum liberis suis, Berlich. *p.* 2. *dec.* 224. *n.* 19. 20. Hercules Marescottus *l.* 2. *variarum resolut. c.* 82. *n.* 8. Nicolaus Boerius *dec.* 81. *n.* 7. *seqq.* Menoch. *l.* 3. *praes.* 51. *n.* 15. 16. Anton. Gabriel. *l.* 1. *de prob. concl.* 15. *n.* 2. Fontanell. *de pactis nupt. gl.* 3. *claus.* 7. §. 5. *n.* 18. Plures pro hac sententia adducunt rationes, veluti, quod uxor intra annum luctus constituta adhuc

in primo matrimonio constituta esse dicatur, cum nubere de jure intra tale tempus non possit, Boer. *cit. l.* quin, ne viduae castitas denigretur, itidem praesumendum esse ajunt, potius ex bonis mariti acquisitum esse, si non possit ostendere, unde tale quid acquisierit. Equidem saepe injuriam viduis ex hac praesumptione, quam dd. nimi extendunt, fieri posse, facile apparet, praesertim, cum post mortem viri status conjugalis societatis sit mutatus, atque adeo, si praesumptio ista capi deberet, quasi omnia adhuc ex bonis mariti acquisierit, simul necessario praesumi debet, viduam haereditatem expilasse, et eidem aliquid subtraxisse, quo ipso gravi, et durissima onerareturpraesumptione. Restringi ergo debet haec sententia ad suos limites, et forsan hisce sub circumstantiis intelligenda, si simul intra annum luctus in administratione bonorum mariti permanserit, et ita oeconomiae cum liberis operam dederit, quod maxime in viduis cauponum, mercatorum, et opificum, quae adhuc continuant mercaturam, et cauponam exercent, usu venire posset. Cum enim ita insistant bonis mariti defuncti, ea administrent, imo etiam, ubi jure retentionis bonis mariti incumbunt, et de illis alantur, et ita tenentur in commodum haeredum operas suas exhibere, et acquirere haereditati, uti Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *defin.* 15. *n.* 3. 4. evincit; merito quoque, quicquid uxor intra illud tempus acquirit, ex bonis mariti acquisivisse videtur, nisi possit contrarium docere. Unde facile apparet, quid dicendum sit de casu, si vidua mox post annum luctus ad secunda vota transvolavit, et in secundo matrimonio aliquid acquisivit, utrum mulier praesumatur illud acquisivisse ex defuncti mariti bonis, an vero ex secundi? Certe Gabriel. *d. concl.* 15. *n.* 15. cum Boerio *d. dec.* 81. *n.* 10. hanc praesumptionem adeo extendunt, ut potius mulier praesumatur quaesivisse bona ex bonis prioris mariti defuncti, modo concurrant aliqua indicia praegnantia, veluti, quod prior maritus esset ditior secundo, vel, si prior pecuniam, et omne patrimonium suum uxori tantum commiserit, non vero posterior, si alter mercabatur, alter non, etc. Quod si vero omnia haec pariter in utroque concurrunt, ita ut nulla praesumptio in uno sit vehementior, quam in altero, tunc mediam viam esse eligendam statuit Nicol. Boerius *cit. loc.* ut id ex bonis utriusque praesumatur acquisivisse. Verum enim vero, ex adductis circumstantiis apparet, potius in hoc casu regulariter praesumendum esse, uxorem acquisivisse ex bonis secundi mariti, cui operas praestare obstricta fuit. Neque adductae circumstantiae tam praegnantes sunt, ut uxor ex bonis prioris mariti aliquid subtraxisse praesumi possit, cum leges in *d. l.* 51. in uxoris favorem benigniorem praesumptionem ceperint, quam dd. in ejus odium ita detorquent. Hinc existimaverim, haeredes prioris mariti non aliter audiendos esse, nisi probaverint illud, quicquid uxor secundo matrimonio acquisiverit, esse de bonis prioris mariti acquisitum. Posset tamen haec decisio admitti in speciali casu, quem refert Mevius *part.* 5. *dec.* 359. ubi scilicet maritus novus a conjuge in bona defuncti superinducitur, *er freyet zu ihr ins Haus*, nec inventarium legitime confectum est eorum bonorum, quae tempore contracti matrimonii apud viduam fuerunt, tunc omnia istius domus, quae cum marito priori fuit communis, esse censentur, et sic liberi prioris matrimonii intentionem habent fundatam contra vitricum, qui inventarium facere neglexit, et de cujus bonis haud constat, conf. Peck. *de testam. conjug. l.* 2. *c.* 1. *n.* 1. Covarruv. *l.* 3. *variar. resolut. c.* 19. *n.* 3. atque sic tamdiu omnia ad maritum praedefunctum pertinere praesumuntur, quae sunt in istius domo, donec vitricus probaverit, hoc vel illud ad se pertinere, Mev. *cit. l. n.* 12. 13. 14.

§. 16. Porro (II.) *matrimonium inter conjuges justum.* Caeterum in uxore putativa idem asserendum, et praesumendum esse, facile concesserim, cum supra dictum sit, in uxorem putativam omnia jura cadere, quae de vera uxore disposita sunt, Menoch. *l.* 3. *praes.* 51. *n.* 5. De concubinatu tamen idem non esse asserendum, recte judicat Alciat. *reg.* 3. *praes.* 26. quod facilius turpis quaestus praesumatur in concubina, quam in legitima uxore, et deinde quoque donatio non prohibita inter concubinam, et concubinarium, cui accedit, quod *d. l.* 31. praecise loquatur de uxore legitima, a qua argumentum ad illegitimam duci nequit. Sed in aliis omnia Menoch. *cit. l.* ivit, ubi etiam ex professo Alciati opinionem refutat, et variis ad haec argumenta respondet. Si dicendum, quod res est, videtur omnino distinguendum esse inter concubinatum juris romani et hodiernum. De jure romano concubina sola affectione distinguebatur a legitima uxore. *l.* 41. §. 1. *ff. de rit. nupt. l.* 49. §. 4. *ff. de leg.* 3. et ita concubinatus erat matrimonium minus solemne, et in caeteris fere cum matrimonio conveniebat. Atque de hac idem dicendum, quod de legitima uxore, quia etiam concubina non poterat, pendente concubinatu, alios viros admittere, sed ei unice adhaerere debebat, cujus erat concubina, et sic eadem praesumptio pro ipsa capienda videbatur. Ast cum concubinatus hodiernus parum distet a consuetudine meretricia, utique in talem concubinam cadere praesumptionem turpis quaestus credi debet, quia ipso facto turpem quaestum facit, uti recte statuit Cravetta *consil.* 166. *n.* 8. et Paris. *l.* 1. *consil.* 80. *n.* 2.

§. 17. Ulterius (III.) requiritur, ut uxor non possit probare contrarium. Haec enim, quae hactenus adducta sunt, in mera et nuda praesumptione fundantur, quae admittit probationem in contrarium. Interim tamen hoc operatur, ut uxori contrarium allegati semper probatio imponi debeat. Nicolaus Boerius *dec.* 87. *n.* 5. Berlich. *p.* 2. *dec.* 224. *n.* 23. Aymo Cravetta *consil.* 6. *tom.* 1. Neque enim a probando liberatur, si vel maxime (*a*) bona reperiantur penes ipsam uxorem, et alias pro possessore praesumptio formanda sit, quia adducta praesumptio in *l.* 67. *de donat. int. vir. et ux.* fortior, et pro uxore favorabilior. Mascard. *de probat. concl.* 214. (*b*) vel etiam adulterium commisisset, et de illo fuisset convicta. Gabriel. *l.* 1. *de probat. concl.* 15. *n.* 9. Menoch. *de praesumpt. l.* 3. *praes.* 57. *n.* 17. Sed hoc non caret dubiis, praesertim cum in adulteram cadat praesumptio turpis quaestus, et ita benignior interpretatio pro illa fieri haud possit, cum semel mala semper talis credatur. Equidem adultera non videtur liberanda esse onere probandi, ne ex delicto commodum sentiat, sed hoc fit per indirectum, et illa hoc in casu liberatur a probando, non quia deliquit, sed quia in ejus persona cessat illa praesumptio, quae onus probandi in eam devolverat. Baldus in *l. cum oportet*

c. *de bon. quae lib. n.* 12. Sic etiam (c) volunt, ne quidem mariti confessionem sufficere posse ad tollendam hanc juris praesumptionem. Notum enim, confessionem factam in er personas donare prohibitas nihil operari, sed aliunde sumendas esse probationes, cum talis confessio in fraudem legis videatur facta, Berlich. *cit. l. n.* 24. Paris. *l.* 1. *consil.* 62. *n.* 12. Recedit ab hac sententia Menoch. *cit. l. n.* 27. putatque, hoc in casu standum esse confessioni mariti, quia sic revera praesumptio turpis quaestus non potest hic locum habere, cum maritus ipse fidem facial, pecunia uxoris vel ejus singulari industria rem talem esse acquisitam; quod omnino procedere existimandum est, si de solo praejudicio ipsius mariti agatur; licet enim vel maxime pecunia ex lucris mariti esset quaesita, potuisset tamen illam ipsam uxori donare, ad eum effectum, ut post mortem mariti eo nomine inqui etari ab haeredibus mariti haud possit, quibus omnino mariti confessio obsistere debet. Caeterum, si hac confessione aliis praejudicium crearetur, creditoribus forsan in concursu, contra quos uxor allegaret, sedes forsan, vel praedia ad se pertinere, quia ejus nomine a marito essent comparata, idque maritus confiteretur, major difficultas suboriretur, an creditores huic soli assertioni mariti, quae in fraudem eorum fieri potuit, stare teneantur? Licet enim hac confessione sibi maritus praejudicare possit, tamen tertio inde praejudicium inferri nequit. Unde si talia bona constante matrimonio quaesita, sua esse dicat, merito contra creditores in concursu hoc probare debet. *l.* 1. *c. de dot. caut.* Ant. Fab. *in c. lib.* 5. *tit.* 10. *def.* 1. *n.* 1. Gail. 2. *obs.* 81. *n.* 2. Carpz. *p.* 1. *cap.* 28. *defin.* 72. *n.* 3. si vel maxime maritus in testamento confessionem fecisset. Carpz. *cit. l. def.* 33. *n.* 2. vel eamdem juramento confirmasset, Carpz. *ib.* a qua tamen sententia recedit Gail. 2. *obs.* 81. *n.* 7. sed a plerisque reprobatur. Graevaeus 2. *concl.* 51. *consil.* 1. *n.* 4. Fabric. ad Gail. *cit. l.* Ex quo fluit (d) huic praesumptioni non tantum locum esse ad commodum mariti ejusque haeredis, sed etiam ad commodum singularis successoris mariti, veluti, si maritus rem constante matrimonio acquisitam alienasset, vel hypothecae loco alii tradidisset, et postmodum uxor illam tamquam ad se pertinentem vindicaret, quod eo magis hic dicendum est, quia ordinarie, qui vindicat aliquam rem, dominium probare debet. Menoch. *cit. l. n.* 19. Conf. Berlich. *dec.* 224. *n.* 22. Denique (e) hanc praesumptionem adeo extendunt, ut etiam contra tertium possessorem proficiat, qui habet causam ab uxore, veluti, si uxor rem constante matrimonio acquisitam alienasset. Gabr. *cit. concl.* 15. *n.* 10. Menoch. *cit. l. n.* 18. ex hac ratione, quod nemo possit plus juris in alterum transferre, quam ipse habet; jam vero mulier nullum jus habere videtur in iis rebus, quae mariti esse praesumuntur. Equidem obstare videtur, quod, qui vindicat rem a tertio possessore, dominium suum probare debeat; et quod pro omni possessore praesumptio sit, quod juste possideat. Quemadmodum autem praesumptio pro possessore satis levis et generalis est, et fortiori elidi potest, et praeterea actori tum demum dominii probatio incumbit, nisi praesumptio juris, quae hic adest, eum a probando liberet: ita facile haec dubia sua sponte corruent. Debet itaque possessor dominium uxoris, a qua causam suam habet, probare, quem in finem ei, vel ejus haeredibus litem denunciare potest, ut veniant, eique assistant.

§. 18. Uxoris itaque est, probare, bona constante matrimonio acquisita ad se pertinere, quod, quomodo fieri possit, plenius explicavit Mascard. *de probat. concl.* 214. Hanc probationem variae instruere possunt praesumptiones pro uxore, quo pertinet, si satis constet, mulierem divitem marito inopi nupsisse. Gabriel. *cit. concl.* 15. *n.* 25. cum enim maritus nulla bona habuerit, praesumi nequit, constante matrimonio acquisita ex bonis mariti provenisse, quin, quod turpis quaestus praesumptio hic plane locum habere nequeat, cum constet, eam aliunde pecuniam habuisse. Caeterum, si maritus quidem inops sit, sed tamen multa ex officio, quod gerit, administret, et tunc uxor acquirat res immobiles, gravior ratio dubitandi esse posset, an sic quoque censeatur ex bonis mariti acquisivisse? Certe si rationem *d. l.* 51. penitius considero, quae ideo bona acquisita mariti esse vult, ne alias in uxorem turpis quaestus suspicio cadat, h. e. quod adulterio acquiverit, vel pecuniam marito subtraxerit, non aliter judicare possum, quam quod haec ad praesentem casum applicari non possint, cum enim satis opulenta sit, non potest praesumi, quod ex turpi quaestu eamdem acquisiverit. Conf. Petrus Mullerus *in not. ad Struv. exerc.* 29. §. 56. Refert huc etiam hanc causam Menoch. *cit. praes.* 51. *num.* 32. si uxor sit industria, et verosimiliter ex suis negotiationibus potuisset bona acquirere, quod ita cesset praesumptio turpis quaestus per se, et ita non necesse sit, ut credamus, uxorem ex bonis mariti acquisivisse, sed potius hoc in casu, quicquid acquirit, hoc sibi acquirere: veluti, si uxor publice negotietur, et ita ex licita negotiatione quaestum faciat. Berlich. *dec.* 224. *n.* 27. Gabriel. *cit. concl.* 18. *n.* 12. Sed vero hoc ipsum nullo modo admittendum esse, constabit ex capitibus sequentibus, ubi de operis uxorum agendum erit. Licet enim vel maxime ratio *d. l.* 51. huc applicari non possit, non tamen propterea statim uxor, quicquid ita acquirit, sibi acquirit, sed potius marito suo, cui tales operas debet. Carpzov. *p.* 3. *c.* 25. *def.* 9. Petr. Heig. *p.* 1. *q.* 29. *n.* 7. Anton. Faber. *in c. tit. de probat. def.* 41. Mev. *ad jus lubecens. p.* 2. *tit.* 2. *art.* 12. *num.* 93. *seqq.* Neque obstat, quod Menochius urget, quod sc. uxor non teneatur ad artificiales operas; nam illud ipsum petit id, quod est in principio, et si vel maxime a marito non possit ad has cogi, tamen aliud dicendum, an, ubi semel aliquid suis operis industrialibus acquisivit, hoc non acquirat marito, de quo agendum *c.* 4. Sic quoque dubium remanet circa illum casum, quod quando uxor administravit bona alicujus, cessare debeat praesumptio, eamd m acquisivisse ex bonis mariti, prout ex Alexandro tradit Menoch. *d. praes.* 51. *num.* 39. quod major praesumptio hic adsit, illam acquisivisse ex administratione, quam ex turpi quaestu. Sed cum ipse concedat, regulariter administratorem non praesumi acquisivisse ex bonis administratis, vid. *lib.* 3. *praes.* 52. non video, cur non aeque hoc ad mulierem applicari possit, quae stante praesumptione adhuc censetur acquisivisse ex bonis mariti, et si praesumptio quaedam capienda esset, quod potius ex industria circa administrationem adhibita

aliquid acquisivisset, tamen et hoc quoque marito esset adjudicandum. Facilius tamen admittitur ille casus, quem *id. n.* 36. adducit, quando *scil.* pecunia a consanguineo ad hoc mulieri data sit, ut scil. ea sibi ipsi aliquid acquirat, quamvis cautelam illam pessimam merito damnemus, quam quidam suadent, ut uxor sibi curet ficte donari pecuniam, nam fraude detecta, nihil operabitur haec ficta donatio.

§. 19. Quemadmodum vero haec praesumptio tantum operatur, ut uxori probatio incumbat, quod illa, quae constante matrimonio acquirit, ex propriis bonis acquisiverit, effectum suum potissimum exerit in petitorio, ita in possessorio uxor satis tuta est, neque ob hanc praesumptionem statim expellenda a possessione illarum rerum; quod contingere posset, si haeres ex testamento mariti impetrasset immissionem ex *l. f. c. de evict. d. Hadr. tollend.* et vigore hujus etiam praetendere vellet immissionem in acquisita ab uxore, quae tamen in possessione earum est, et adhuc dubium, an sint bona haereditaria, praesertim cum ne quidem talia pro haerede, aut pro possessore possideat, intuitu quorum possessorum immissio potissimum suos effectus habet. Menoch. *l.* 3. *praes.* 51. *n.* 44. Marta *in digest. noviss. tom.* 3. *tit. de nupt. cap.* 68.

§. 20. Sequitur altera regula, quae vult, ut quicquid uxor constante matrimonio acquirit ex re mariti, ad maritum pertinere debeat, cum enim *l.* 51. *ff. de don. int. v. et ux.* praesumat, ex bonis viri id acquisitum esse, merito quoque hunc ipsum effectum hoc habebit, ut, si non possit uxor ostendere, unde tale quid acquisiverit, hoc mariti esse. Sed haec ipsa conclusio indiget declaratione. Nam duae hic potissimum exsurgunt quaestiones, (1) an maritus sibi possit vindicare dominium earum rerum, quas uxor constante matrimonio emit; (2) an non maritus vel ejus haeredes possint agere ad pretium repetendum. Prior quaestio omnino neganda est. Licet enim vel maxime (*a*) res talis ex pecunia mariti sit comparata (*b*) et alia regula vulgata sit, quicquid acquirit operis suis uxor, acquirit marito, nullo tamen modo inde maritus dominium praetendere potest. Non ex priori ratione, quia pretium non succedit in locum rei, nec respiciendum, cujus pecunia res sit comparata, sed quis comparaverit, *l. non unde* 7. *c. si cert. pet.* et emens rem non censetur eam pro alio, quam pro se ipso emere, *l.* 3. *c. si quis alt. vel sibi l.* 25. §. 1. *ff. de petit. haered.* multo minus ex posteriori ratione maritus, vel ejus haeredes jus quoddam praetendere possunt, uti voluisse videtur Modestinus Pistor. *vol.* 1. *cons.* 1. *n.* 46. *seqq.* et Hartmannus Hartmanni *l.* 2. *tit.* 35. *obs.* 10. *n.* 5. quia haec acquisitio proprie ad quaestum ex operis uxoris provenientem non pertinet, qualia quae sunt, demum marito acquiruntur, ut *seqq. cap.* docebitur, atque hac ratione incaute Mynsing. *obs.* 92. *n.* 2. *et* 3. hanc regulam hic applicuit. Altera quaestio sine dubio affirmanda est, hoc effectu, ut uxor vel haeredes ejus teneantur restituere pretium, quem in finem marito actio personalis concedenda est. Alciat. *tract. de praesumpt. reg.* 3. *praes.* 26. *n.* 14. Berl. *p.* 2. *dec.* 224. *n.* 32. *seqq.* Mantica *de tac. et amb. conv. l.* 4. *tit.* 22. *n.* 8. Carpzov. *p.* 3. *c.* 25. *def.* 11. *in fin.* nisi uxor probet, pecuniam sibi a marito donatam esse, et donatio morte mariti confirmata sit. *l.* 55. *ff. de don. int. vir. et ux. ibique br.*

§. 21. Denique superest *acquaestus conjugalis*, seu quicquid conjuges vel simul, vel uxor constante matrimonio suis operis acquisivit. Vocatur alias in jure *quaestus; quaestus enim*, ait Paulus in *l. quaestus.* 7. *ff. pro soc. intelligitur, qui ex opera cujusque descendit*, inde proprie hic intelligitur lucrum, quod industria quavis comparatum est, et hoc intuitu meretrices in jure dicuntur quaestum corpore facere. *l.* 4. § 1. *de his qui not. infam. l.* 43. *ff. de rit. nupt.* vid. Joh. Garsias *de acquaest. conjug. n.* 1. Cum itaque potissimum acquaestus ex operis uxoris proveniat, hae vero sint vel officiales, vel artificiales, et sic distincte natura utrarumque operarum, et obligatio uxorum ad illa, excuti et expendi debeat, non rectius de acquaestu hoc et jure mariti in illum judicare possumus, quam si distincte de ipsis operis, earumque diversitate egimus, quod *cap. seqq.* fiet.

§. 22. Cum vero variis locorum statutis et moribus jura a Romanis diversa hic circa acquaestum introducta sint, ubi non adeo praecise respectus operarum debet attendi, hinc de illo acquaestu paucula hic subjicienda esse duxi, ut in collisione juris communis et statutarii exinde possit judicium fierii. Et quidem supra jam ab initio ostendi, moribus quorumdam locorum communionem proprie dictam inter conjuges vigere, secundum quam de acquaestu conjugali judicandum. Sunt loca, ubi omnia bona ipso facto per matrimonium communicantur, tam praesentia, quam futura, uti de moribus Slesvicensibus testatur Cypraeus *de spons. l.* 5. §. 14. *n.* 4. et de aliis Lauterbach. *de societ. bon. conjug. c.* 1. §. 5. *et c.* 2. §. 7. Alibi vero tantum illa communicantur, quae ex quaestu sive negotiatione communi acquisita sunt, ita ut quilibet conjugum dimidiam acquisitorum partem accipiat, qualis societas conjugalis obtinet potissimum apud Hispanos, Gallos, aliosque, quos refert Lauterbach. *cit. l. c.* 1. §. 6. Mev. *ad jus lubec. lib.* 1. *tit.* 5. *art.* 5. *n.* 14. ubi tamen Marchiam brandenburgicam haud recte huc referunt, seducti forsan a Scheplizio, qui in *consult. march. p.* 3. *l.* 2 §. 1. *n.* 2. hanc communionem adstruit. Sed contrarium ostendit Kokl. *ad const. march. qu.* 1. et dn. Praeses *in not. ad jus eccles br. l.* 2. *c.* 16. §. 1. *n.* 6. verb. *variorum proprietatem.*

§. 23. Facile autem apparet, pro diversitate statutorum variare quoque acquisitionem conjugalem et ita saepe contingere posse, ut alia sint jura in domicilio uxoris, alia in domicilio mariti, eo itaque casu, cum collisio jurium oriatur, quaeritur, quid dicendum circa acquaestum conjugalem? Ponamus, maritum hamburgensem ducere uxorem ex tali loco, ubi jus romanum viget, ubi maritus omnem acquaestum conjugalem capit, vel vice versa. Conclamatum fere inter doctores est, hoc casu ad domicilium mariti esse respiciendum, quippe cui per maritum ipsa uxor se subjicit, et sic quoque secundum hujus loci mores dotem suam, et illata repetit, consequenter quoque secundum mores illius loci statuendum de acquaestu conjugali. *l. exigere.* 65. *ff. de judic.* Garsias *de acquaest. conjug. n.* 140. Lauterbach. *de societat. bon. conjug. l.* 2. §. 10. nisi forsan maritus ad domicilium uxoris pertransisset, vel aliud inter conjuges conventum fuisset, posse enim pactis dotalibus aliter disponi de hac communione, et inde fluente jure, non dubitandum videtur. Tiraquell. *ad ll. connub. gl.* 2. *n.* 46.

seqq. Neque hic distinguendum est, utrum uxor statutum in foro mariti sciverit, an ignoraverit. *Id. cit. l. n.* 50. Garsias *de acquaest. conjug. n.* 143. *seqq.* sicuti nec attenditur locus, ubi contractum est matrimonium, Lauterbach. *cit. l.* §. 13. nec ubi bona sunt sita. Quid enim si bona immobilia in illo loco essent sita, ubi communio inter conjuges vigeret, in foro autem domicilii ex jure communi viveretur? Discrepantes hic occurrunt dd. opiniones, ut videre est apud dn. Hertium *diss. de collis. ll. sect.* 4. §. 46. Plerique tamen domicilii maritalis statuta esse inspicienda volunt, quae sententia ratione non destituitur. Sc. statuta realia, uti vocantur, seu quae statum rerum immobilium, et earum jura determinant, ita comparata sunt, ut omnino illis renunciari possit, et pacto vel expresso vel tacito aliud constitui. Jam autem, cum uxor per matrimonium transit in domicilium mariti, et ejus potestati subjicitur, censetur quoque se ipso facto subjecisse statutis domicilii mariti, adeo, ut omnimo credi debeat, societatem conjugalem initam esse, prout jura domicilii mariti illam informarunt. Hoc posito, de jure in res mobiles alibi sitas judicandum nunc quidem erit, non ex statuto rei sitae, sed ex juribus domicilii mariti. Dn. Hert. *cit. l.* Conf. Tiraquell. *alleg. loc. n.* 52. Denique cum non raro contingit, domicilium a marito mutari, disputatur quoque inter doctores, quid tunc dicendum, si forsan maritus antea in tali loco habitaverit, ubi acquaestus conjugalis inter conjuges statuto locorum erat dividendus, sed postmodum ad ejusmodi domicilium se conferat, ubi jus commune Romanorum viget, utrum uxor mortuo marito possit dimidiam acquaestus ex statuto prioris domicilii petere. Id quod Boerius apud Garsiam *de acquaest. conjug. n.* 141. asserit, quod ipse Garsias quoque admittere videtur, quia tantum *n.* 142. hunc excipit casum, si maritus uxori promisisset, quod nunquam domicilium mutare vellet, et tamen postea mutaverit, quam sententiam quoque defendit Lauterbach. *de societ. bon. conjug. c.* 2. §. 17. Verum dubia haec sententia exinde videtur, quod omnis successio maxime in mobilibus bonis, in quibus plerumque acquaestus conjugalis consistit, aestimetur secundum statuta loci, ubi defunctus decessit, quibus conjuges noviter se submisisse videntur. Johann. a Sande *l.* 4. *tit.* 8. *d.* 7. Carpzov. *p.* 3. *c.* 23. *def.* 18. Conf. dn. Praeses *de success. ab intest. diss.* 6. *c.* 3. §. 5.

§. 24. Ubi ergo vero omnium bonorum communio inter conjuges viget, quid de jure mariti in acquaestum conjugalem dicendum sit, facile constat. Cum enim natura et indoles societatis omnium bonorum haec sit, ut omnia lucra et quaecumque alias quocumque titulo acquiruntur, communicentur inter socios, illa quoque jura, quae de hac societatis specie disponunt, tunc pariter attendenda, ita, ut statim in acquisitis conjuges jus aliquod commune acquirant, et sic dissoluto matrimonio superstes dimidiam bonorum sibi retineat, nisi aliud forsan cautum statutis provincialibus, sicuti in jure provinciali March. Badens. *p.* 6. *l.* 15. §. *ferner setzen.* ubi uxori tertia pars assignatur, et quidem ad conjugem superstitem non jure hereditario, sed potius jure proprio, societatis scil. defertur. Sic itaque huc pertinet, quae conjuges ex negotiationibus licitis constante matrimonio acquisiverunt, quacumque demum opera uxoris acquisita sint, sive obsequiali sive artificiali. Garsias *de acquaest. coniug. n.* 72. et denique omnia alia bona quocumque modo acquisita. Caeterum ubi talis communio omnium omnino bonorum non viget, sed tantum quae ex quaestu veniunt, inter conjuges communicantur, non alia quoque erunt communia, quam quae ex quaestu acquiruntur, *die Errungeschafft*, uti vocari solet, modo acquisitio talis facta constante matrimonio, nam si dependeat ex jure oni conjugum ante matrimonium jam contractum quaesito, ad hanc communionem haud possunt referri. Molinaeus *ad consult. paris.* §. 45. *gl.* 1. *n.* 187. veluti si maritus ex jure consanguinitatis tempore matrimonii retraxisset bona avita, certe haec bona quidem constante matrimonio acquiruntur, sed cum jus, ex quo retrahit, jam ipso matrimonio antiquius est, merito maritus sibi soli acquirit. Garsias *de expensis c.* 22. *n.* 13. quod pluribus exemplis declarat Lauterbach. *de societ. bon. conjug. c.* 4. §. 8. *seqq.* Caeterum huc pertinentia satis luculenter expendit Garsias *de acquaest. conjug.* et Lauterbach. *cit. disp.* quae brevitatis studio repetere nolo.

CAPUT III.

De operis uxorum obsequialibus.

SUMMARIA

Varia operarum in jure conditio. §. 1.
Quid sint operae uxorum? §. 2.
Quomodo debeantur? ibid.
Operae quotuplices? §. 3.
Officiales quid? ibid.
Quid obsequium? ibid.
Artificiales quid? ibid.
An ab his differant serviles operae? ibid.
Unde uxor ad operas obsequiales teneatur? §. 4.
An uxor propter alimenta teneatur ad operas? §. 5.
An operae uxoris remitti possint? §. 6.
An pater possit juste dissentire a nuptiis, si puella ad operas inepta sit? §. 7.
Quid si post sponsalia sponsa inidonea fiat ad operas, an juste repudiari possit? §. 8.
Quid si ante sponsalia jam inepta ad operas reperiatur, et maritus erraverit? §. 9.
Sed matrimonium propterea non dissolvitur. §. 10.
An uxor non sit a marito alenda, quae operas praestare non possit? §. 11.
An nobilis uxor operas praestare debeat? §. 12.
An vidua etiam operas praestare debeat durante jure retentionis? §. 13.
Cui operis suis acquirat uxor? §. 14.
Marito commodo et lucro cedere debent operae obsequiales uxorum. §. 15.
Dubia resolvuntur. §. 16.
An jure saxonico idem obtineat? 17.

Quid de jure lubecensi? ibid.
An uxor teneatur marito ad operas nocturnas? §. 18.
An et quatenus uxor cogi possit ad operas praestandas? §. 19.
Modus in exigendis operis adhibendus. §. 20.
Summatim operae uxorum obsequiales recensentur. §. 21.
An operae quaedam excogitari possint extraordinariae, quae ad bene merita referri possint remuneratione digna? §. 21.
An per separationem quoad thorum et mensam cesset illa obligatio ad operas obsequiales? §. 22.
Cessat acquaestus conjugalis, quando huic renuncia. tur. §. 23.

§. 1. Varia operarum est in jure conditio, prout personae variant, a quibus praestantur, et exiguntur. Dantur operae servorum, dantur et libertorum. Praeterea notae sunt hodie operae rusticorum, et suo modo vassallorum, quibus addi posset etiam famulorum, et praeterea quodam modo liberorum, quae parentibus praestantur. Ast harum operarum non potest esse una eademque ratio, cum diversa sit personarum conditio, intuitu quarum jura ubique variant. Serviles operae apud Romanos durissimam habebant conditionem, quia servus absolute erat in proprietate domini, sive nunc easdem praestaret domino, sive alius jure servitutis eas exigeret, *t. t. ff. de oper. serv.* Remissiores erant libertorum, et unice in ministerio et officio liberti consistebant; caeterae non praestabantur, nisi promissae *l. 2. ff. de oper. libert.* Rusticorum operae vel determinatae sunt, vel indeterminatae sunt, vel indeterminate debentur, prout consuetudo, vel statutum hoc exigit. Vassallorum vero in nudis servitiis feudalibus, vel indeterminatis vel determinatis, consistunt, prout feudum est vel proprium vel improprium. Liberi vero, cum obsequium parentibus debeant *t. t. ff. de obsequ. parent. et patron. praest.* suo modo etiam operas parentibus debent: et licet Tryphoninus in *l. 9. cit. l.* asserat, pietatem liberos parentibus, non operas debere, adeo, ut ne quidem possint operas ab eis stipulari. *l. 4. ff. si quis a parent. manum. sit*, attamen hoc intelligendum de emancipatis liberis, de his vero, qui adhuc in sacris paternis sunt constituti, aliud sine dubio dicendum, quippe per quos etiam pater de jure romano acquirit.

§. 2. Dantur etiam operae uxorum, quae itidem sua propria jura habent, quatenus uxoris conditio a statu personarum praedictarum diversa est, de quarum natura, et obligatione, ut eo rectius constet, ante omnia et natura operarum, et obligatio ad eas praestandas ex principiis naturalibus et civilibus eruenda est. Quod naturam operarum attinet, notum est, quod operae definiantur, quod sint diurnum officium. *l. 1. ff. de oper. libert.* Caeterum *officium* in genere est actio hominis pro ratione obligationis ad normam legum recte attemperata. Puffend. *de offic. hom. et civis c. 1. §. 1.* Quod si itaque Jctus per officium hoc ipsum, quod dictum est, intelligit, operae plenius definiuntur, quod sint *actiones secundum obligationem a lege determinatam, in commodum alterius necessario subeundae, et praestandae*, et quia plerumque diurno, non nocturno tempore praestari solent, hinc *diurnum officium* vocantur, quamvis alias aliquae etiam nocturno tempore praestari extra ordinem debeant. Dion. Gothofred. ad *cit. l. 1.* Fluunt autem hae actiones alias praestandae *vel ex peculiari pacto*, quales sunt operae, quae per locationem alteri praestantur, vel ex *subjectionis vinculo*, cum hoc naturae subjectionis inesse videatur, ut qui alterius subest potestati, se ad ejus nutum dirigere debeat, vel denique *ex obligatione ad gratitudinem*, cum haec etiam adstringat illum, qui maximis beneficiis ab aliquo honoratus est, ut quavis occasione eidem inserviat, idque vel ex jure imperfecto, vel perfecto, quo refero *libertorum operas*, quas patrono propter ingens acceptum beneficium praestare debebant. Ita hae operae vel indeterminate, vel determinate alicui debentur, prout natura obligationis, vel conditio personae id postulat. Quod si hoc ad operas uxorum applicamus, fundamentum illarum petendum est tum ex subjectione uxorum, tum etiam ex promissione implicita, quae censetur in ipsa desponsatione, et consensu matrimoniali edita, dum se obligasse videtur ad omne id, quod natura matrimonii postulat, de quo fundamento postea plenius agendum est. Apparet saltem ex hoc ipso fundamento, magis operas hic intelligi indeterminatas quam determinatas.

§. 3. Caeterum operae hae vel praestantur nudo officio personali marito exhibendo, eidemque obsequendo, vel alia industria artificiali, indeque operae sunt vel *officiales sive obsequiales vel artificiales*, quae distinctio etiam in operis libertorum locum invenit. *l. 6. §. 9. ff. de oper. libert.* Officiales seu obsequiales a Zasio *l. 1. singul. respons. c. 3. n. 7.* definiuntur, *quae ex habilitate ministrantis, et ex commodo ejus, qui illas percipit, consistunt, personaeque ministranti convenientes in domini personam referuntur, atque adeo ad inservitionem personalem pertinent*, quae si ad uxorem applicamus, sunt omnes actiones uxoris in mariti commodum, et personam praestandae, quibus personae mariti inservit, et inde ejus commodum quaerit; quales operae sunt, adesse marito, eidem coenam parare, rem domesticam ejus curare, quae ad ejus personam pertinent, praestare, et procurare, sublevare maritum in rebus domesticis et hujus generis alia. Hinc a nudo obsequio has recte distinguendas esse judicat Zasius *cit. l. n. 3.* quod tantum in nuda honoris exhibitione, et reverenti verecundia consistit, veluti quod maritum non possit actione famosa facile convenire, quod alia reverentiae signa eidem exhibere teneatur, cum e contrario ex operis semper aliquod commodum et emolumentum in maritum redundare soleat. *Artificiales* vero operae dicuntur, quae non personae mariti praestantur, nec ab uxore qua tali, sed potius, quatenus extra ordinem aliquod artificium exercet, et ita in mariti personam non diriguntur, ut, si uxor commercium aliquod exercet, frumentum emendo, vel vendendo, si nutrix, vel lotrix sit etc. In summa rem ita colligit Zasius *cit. l. n. 14.* ajens: *officiales operae rem mariti, ejusque personam, victum, curationem, otium, quietem, voluptatem directo respiciunt, et separata mariti ratione, ejusque commodo personali, potius molestiae sunt, quam operae. Artificiales vero, quae absolute in sese nullo habito respectu ad personam mariti fiunt, et a quocumque cuicumque, quolibet etiam tempore fieri possunt.* Addit ille, esse operas mixtas, quae et circa

mariti officium versantur, et artificiales sunt, sed quatenus mariti personae ex obligatione erga eum praestantur, a potiori facienda est denominatio, ut adeo officiales dicendae videantur. Ab his Zazius *cit. l. n.* 19. distinguit serviles operas, quo refert sordidiora, et viliora servitia, et ministeria, ut esse agasonem, mulionem, aurigam, opillionem, bubulcum, saltuarium, armigerum, dapiferum, cocum, pincernam, ostiarium, verrere domum, aream, plateas, operari in molendino, ruri macerari, haurire aquas, fodere, ligna secare, et ad culinam et fornaces perferre, colligere segetes, convehere in horrea, ligna ex sylvis cum equis vehere etc. Verum si haec convenienti ratione cum operis uxorum comparamus, duae hic sunt separandae quaestiones (1) an uxor ad hujusmodi sordida officia obligetur, de quo infra agendum, et ex conditione uxoris et mariti de eo statuendum erit; (2) an, si uxor *ex conditione sua* talia vilia ministeria praestet, illae non possint aeque ad officiales suo modo referri? quod utique cum Hahnio *ad Wes. tit. de oper. libert. n.* 3. asserendum; cum personae mariti praestentur, et his ipsis quoque uxor personae mariti inserviat, licet vel maxime sordida sint.

§. 4. Cum itaque obsequiales operae ab artificialibus suam separatam indolem, et naturam habeant, jam ulterius de fundamento obligationis, ex qua uxor ad illas praestandas obstringitur, videndum est, ut inde postea de jure mariti in has operas judicare possimus. Equidem societas conjugalis primario ad liberorum procreationem, et educationem contrahitur; sed quoniam haec societas debet esse constans, et perpetua, simul quoque ad rei domesticae et oeconomiae curam debet esse adornata, cui gubernandae maritus, tamquam caput familiae praeest, uxor vero, tamquam adjutrix, et auxiliatrix marito a Deo data et destinata, *Genes.* 2. 18. eidem auxiliatrices manus praebere, et eumdem sublevare omnino debet, id quod tum obsequium mariti praestandum, tum potestas mariti in uxorem ostendit. Hoc intuitu apud veteres Germanos uxores sub ipsis incipientis matrimonii auspiciis admonebantur, *se venire laborum et periculorum sociam, idem in pace, idem in praelio passuram auxuramque.* Tacitus *de morib. German.* Neque itaque errant, qui finem duplicem matrimonio praefigunt, (1) sobolis procreationem (2) *mutuum adjutorium*, ex quo altero fine uxor utique ad operas adstricta est, per quas rei familiaris facultates et augeantur, et conserventur. Recte enim Xenophon. *l.* 5. *memorial. de administr. domestic. p. m.* 827. *lit. a.* mihi dixisse videtur: *uxorem, quae in domo bona sit socia, tantumdem habere momenti ad utriusque utilitatem, quantum vir habeat. Nam plerumque viri operum facultates in domum veniunt, et maxima pars earum uxore premente consumitur, quae quidem, si recte fiant, amplificatur domus, sin autem secus, diminuitur.* Plenius hoc illustratur ex dialogo Ischomachi et Socratis de officio bonae uxoris in domo mariti apud Xenophontem *cit. l. pag.* 836. *seqq.* ubi eleganter agitur de operis uxorum, quas intra domum praestare debeant. Hoc intuitu patres ecclesiae saepe uxores comparaverunt ancillis, imo Augustinus in *c.* 14. *c.* 33. *q.* 5. diserte dicit: *satis hinc apparet, quemadmodum subditas foeminas viris, et pene famulas lex esse voluerit uxores, etc.* et *c.* 12. *ibid.* ait: *est ordo naturalis in hominibus, ut serviant foeminae viris*, ex qua posita subjectione utique ipsa quoque obligatio ad operas evidenter deducitur, alias enim haec obligatio inanis foret. Breviter, et finis matrimonii secundarius sc. *mutuum adjutorium*, et subjectio uxoris, operas domesticas omnino ab uxore exigit, quas marito promisisse videtur, dum eidem fidem de matrimonio dedit.

§. 5. Solent praeterea Jcti aliud fundamentum obligationis uxoriae ad operas deducere ex alimentorum perceptione, quod sc. maritus teneatur uxorem alere, et ita ipsa quoque obstricta sit ad operas. Coler. *de process. execut. p.* 1. *c.* 2. *p.* 9. *seqq.* ex quo deinde quoque ulterius inferunt, quod vidua quoque ad easdem operas teneatur, quamdiu ex bonis communibus alitur. Verum, quamvis haec ratio prioribus conjuncta aliquid probare possit, certe per se posita non adeo vires sortitur, cum haud videatur necessaria consequentia: *qui mihi alimenta debet, illi contra operas debeo*, nam, ut inferius dicam, uxor a marito alenda est, licet vel maxime eidem nullas praestare operas possit; interim haec ratio aliquid quoque confert, ut quia sc. ad mutuum adjutorium uxor a marito assumpta est, et praeterea ab eo alitur, eo magis jam adstricta sit ad operas.

§. 6. Adeo autem uxor ad operas praestandas obligatur, ut dubium esse possit, an in pactis dotalibus uxori tales operae remitti possint? Equidem alias certum est, operarum praestationem posse remitti illis, qui illas debent vel ex promissione, vel ex obligatione obsequii, uti constat, patronos libertis remittere operas posse. *l.* 41. *ff. de oper. libert.* etiam tacite. *l.* 48. *pr. eod.* adeo, ut si libertam patronus in concubinatu habere coeperit, operas eidem remisisse videatur. *l.* 46. *eod.* Verum haec remissio operarum tantum eo respicit, ne liberta amplius operas in commodum patroni praestare debeat, non vero, ut liberta plane otio se dedere, et sibi ipsi operas praestare non possit. Atque adeo hoc ipsum forsan ad illum casum applicari posset, si maritus sponte commodo ex operis uxoris provenienti renunciare vellet, de quo casu postmodum agendum erit; ast in praesenti tantum quaestio est de commoda remissione operarum, veluti si sponsus sponsae, ut fieri solet, promisisset; *Sie solte mit der Haussbaltung nicht beschweret werden, im Hause nicht arbeiten, oder etwas angreiffen, sondern allein ihrer commoditaet pflegen, er wolte die Haushaltung durch andere verrichten lassen etc.* Certe hoc pactum videtur esse turpe, et bonis moribus contrarium, cum revera aberret a scopo matrimonii secundario, et ad otium inducat, omnium malorum radicem et fomentum, nisi forsan uxor propter defectum corporis inepta videatur, et tamen nihilominus sponsus eamdem ducat, sic enim haec promissio aliquem effectum haberet, quem tamen rursus amitteret, ubi pristinae postea esset restituta sanitati. Unde et in *l.* 41. *ff. de oper. libert.* diserte dicitur quod remissis operis verecundiae obligatio non censeatur esse remissa liberto, et sic nec illae operae, quae ex verecundia promanant, quemadmodum etiam remissis servitiis feudalibus, haud remissa sunt illa servitia, sine quibus fidelitas vassallitica praestari non potest, dn. Praes. *in exam. jur. feud. c.* 2. *qu.* 24.

in fin. Simili itaque ratione, si vel maxime hoc pactum aliquem effectum haberet, tamen tantum intelligendum esset de gravioribus operis domesticis, non vero de illis, quae ex subjectione et reverentia marito debita intime fluunt, nam sicuti illa remitti non potest, ita quoque nec illa obligatio operarum, quae exinde fluit.

§. 7. Cum itaque propter operas oeconomicas praestandas uxor adsumatur, ad has vero saepe puellae inidoneae sint, vel quod plane otiose vivant, vel, quod alio vitio laborent, propter quod impediantur futuro marito debitas praestare operas, quaestio oritur: an parentes inde nanciscantur justam dissentiendi causam in nuptias filii, si possint docere, puellam esse admodum ineptam ad operas uxorias? Certi quidem juris est, parentes in nuptias liberorum consentire debere, sed tamen haud abuti posse sua potestate, adeo, ut si justas causas dissensus allegare non possint, consistorio incumbat supplere defectum consensus paterni, ut etiam ita liberi invitis parentibus sponsalia contrahere queant. Carpz. *l.* 2. *jurispr. eccl. def.* 53. *n.* 5. Mev. *ad jus lubec. l.* 1. *art.* 4. *tit.* 2. *n.*10. Citantur ergo parentes a consistorio, ut causas dissensus sui exponant, et deinde consistorium de illis cognoscere possit, utrum sufficientes sint? nec ne? Carpz. *allegat. l. def.* 55. *n.* 4. Praelaudatus dn. Schoepffer *in synopsi jur. priv. tit. de sponsa lib. n.* 21. Si insufficientes deprehendantur, rejiciuntur, quales sunt paupertas puellae, quod sit plebejae conditionis, quam nobilis juvenis vult ducere. Carpz. *cit. def.* 55. *et* 56. si vero sufficientes sint, aliud dicendum; atque huc omnino referendum esse existimo, si pater possit ostendere, puellam ad operas domesticas esse ineptam. Quemadmodum enim pater filiae recte dissentit, si juvenis, qui filiam in matrimonio sibi dari petit, ineptus sit ad alendam familiam, et instituendam rem oeconomicam, cum pater providus omnino praecavere debeat, ne filia per matrimonium ad paupertatem deducatur, sed ut tali nubat, qui ipsam alere possit, ad quod maritus tenetur: ita e contrario pater juvenis juste dissentit, si satis possit docere, ipsam ineptam, et inidoneam esse ad operas domesticas, nec spem superesse, ut propter depravatos mores ad frugem reducatur, et ad labores adsuefiat. Licet enim vel maxime filius vellet hanc obligationem ad operas praestandas eidem remittere, tamen, cum remissio ut plurimum ex coeco pruritu amoris erga puellam fieri soleat, parentum utique est, providere, ne filius per tale matrimonium ad paupertatem reducatur, quod omnino metuendum est, si puella ad otium, et meras delicias educata, et ad fruges consumendas nata est. Neque enim sufficit, quod maritus aliquid acquirere possit, nisi etiam uxor posset acquisita conservare.

§. 8. Ex eodem quoque fundamento nunc fluit decisio hujus quaestionis, an, si post contracta sponsalia sponsa plane inidonea ad operas praestandas fiat per casum fortuitum, veluti, si visum, vel oculos amittat, si alio graviori morbo perpetuo laborare incipiat, juste propterea repudiari possit? Quod omnino affirmandum esse existimo per *c. quemadmodum* 25. *x. de sponsal.* quia sponsalia semper contracta esse censentur sub illa conditione: *rebus sic stantibus*, quando ergo status rerum ita mutatur, ut nunquam sponsus sponsalia contraxisset, si talem casum antea praevidere potuisset, omnino ob tacitam conditionem deficientem sponsalia carent effectu, Duarenus *ad tit. solut. matr. in pr.* §. 4. Sanchez, *de matrim. l.* 1. *disp.* 62. Basilius Ponce *de matrim. l.* 12. *c.* 17. Barbosa *in collect. ad cit. text.* Quin quod in alleg. text. hic ipse casus haud obscure comprehensus esse videatur, ubi pontifex sit: *quod si post juramentum hujusmodi mulier fieret non solum leprosa, sed etiam paralytica, vel oculum, aut nasum amitteret, seu quic quam ei turpius eveniret, numquid vir teneretur eam ducere in uxorem?* ex quo patet, ne quidem jurata sponsalia tali casu habere effectum, quoniam etiam in juramento insunt omnes illae tacitae conditiones, quae in ipso principali subintelliguntur negotio, h. e. in juramento etiam latitat clausula: rebus sic stantibus conf. dn. Praeses *de diss. spons. sect.* 29. §. 4. *seqq.*

§. 9. Quod si jam ante sponsalia contracta ita depravatis moribus sponsa fuerit, ut magis ad otium, quam ad labores composita esse videatur, sponsus autem eam aptissimam ad operas exoliderit, et ita se erravisse deprehenderit, majores difficultates se exeruut, an talem repudiare possit? Nam et tunc firma sponsalia esse existimant quidam, licet sponsus circa mores erraverit, Brouver *de jure connub. l* 1. *c.* 15. *n.* 14. Havemann *de jure connub. l.* 1. *t.* 4. §. 6. Verum, quemadmodum dn. Praeses *cit. l.* §. 31. optime ostendit, etiam sponsum in tali casu, ubi circa mores erravit, posse resilire a sponsalibus, cum aliquin infelicissimum matrimonium metuendum esset, ita quoque hoc in casu idem dicendum esse arbitror. Quae enim ad otia adsueta est, et omnes labores fugit, quae omnia negligit, non potest non quoque pessimis, et quidem talibus praedita esse moribus, quae conjugium non nisi infelix reddere possunt, ad minimum sponsus jacturam fortunarum suarum ex tali conjugio metuere debet, praesertim, si oeconomiam amplissimam exerceat, cui uxor praefici debet. Quamvis vero ei imputari possit, quod non accuratius in mores sponsae inquisiverit, tamen facile ab ipsa sponsa, vel ejus parentibus, aut amicorum commendatione decipi potuit, cum sponsa bonos ordinarie soleat mentiri mores, ut modo sponsum eo citius ad conjugium inducat.

§. 10. Quodsi autem matrimonium semel cum tali persona contractum sit, illud propterea haud dirimendum, si vel maxime est postfacto, casu aliquo fortuito inidonea ad operas redditur, veluti, cum perpetuo morbo laborare incipiat. Multa enim impedient matrimonium contrahendum, quae contractum non rescindunt, quod evidenter docet Pontifex in *c.* 25. *x. de jurej.* Equidem Rennemannus *in jurisprudentia rom. Germ. m.* 1. *d.* 42. *th.* 36. *lit. c.* contrarium asserere, et evincere videtur, quod etiam magistratus possit admittere dirempticnem hujus matrimonii ex hac causa. Nam quamvis excipiat casum morbi sontici, aliusque calamitatis, sine culpa uxoris contingentis, statim tamen addit: *nisi etiam ob casum hujusmodi domestica conversatio, et usus thori conjugalis omnimoda sit praeceptus, ut hoc casu sanae et juniori parti, si se aliter continere non possit, aliae nuptiae, causa cognita, si infirmae de casu, et alimentis fuerit prospectum, maxime si fiat cum illius consensu, non sint interdictae.* Sed haec vix applau-

sum invenient, si ad trutinam d. etrinde Christi examinentur, qui tantum divortium propter πορνειαν concessit, et si vel maxime haec vox late intelligi debeat, tamen non alia potest impedimenta comprehendere, quam quae delictum gravissimum involvunt, quo talis casus fortuitus referri non potest.

§. 11. Cum itaque matrimonium ob defectum operarum dissolvi non possit, sed ita tamen a parte uxoris deficiat mutuum adjutorium, propter quod marito imponunt nonnulli onus alendi, dubitare posset, an maritus nihilominus uxorem aegram, quae nullas operas praestare possit, alere teneatur? Certe si fundamentum necessitatis alendi secundum Colerum supra refutatum ex operis praestandis petendum esset, decisio in promptu foret, uxorem ejusmodi plane alendam non esse. Surdus *de aliment. l.* 1. *qu.* 33. varios circa hanc quaestionem casus distinguendos esse censet, nam quando (1) uxor non utitur quidem integra valetudine, sed infirmitas tamen eamdem non absolute retrahit ab obsequio viri, et operis domesticis, tunc alendam esse vult a viro, cui adhuc debita praestat servitia. Quod si autem (2) infirmitas adeo gravis foret, ut uxor dotata non possit marito servire, et operas praestare, tunc tantum illam alendam vult, quatenus fructus dotis suppetunt. Quando itaque (3) fructus dotis non sufficiunt pro alimentis et impensis, aeque mulieri quam viro necessariis, mulier autem dives sit, et habeat alia praeter dotem bona, tunc, quicquid consumptis fructibus deest, putat *n.* 14. *seq.* ab ipsa uxore supplendum esse. Si recte Surdum intelligo, videtur officium mariti circa alendam uxorem ex hisce duobus fundamentis deduxisse, (1) quod dotem acceperit, (2) quod operas uxor praebeat. Neutra vero ratio concludit, sed marito onus alendi uxorem incumbere existimo, si vel maxime non sit dotata. *l.* 13. *c. de negot. gest.* Carpz. *l.* 2. *jurispr. consist. d ef.* 219. *n.* 13. Klock. *vol.* 3. *cons.* 129. Joh. Baptista Pontanus *de aliment. c.* 14. *n.* 5. vel alias aegra, ut operas praestare non possit. Pontanus *alleg. loc. n.* 6. quia obligatio alendi marito qua tali incumbit, quia caput familiae est, et sic quoque onera familiae ferre debet. Unde frustra quoque necessitas alendi restringitur ad dotis proventus, aut operas, adeo, ut si alimenta denegaverit, dotem et lucrum statutarium amittat. Carpz. *p.* 3. *c.* 26. *def.* 5. Schoepff. *in synopsi juris privati tit. de rit. nupt. n.* 64. Aliud forsan dicendum de hac quaestione, an maritus teneretur pigram uxorem alere, quae nullo modo ad operas adduci potest; nam sicuti ex potestate maritali marito aliquod jus cogendi in uxorem competit, ita non dubium est, quin quoque uxorem pigram subtractione alimentorum coercere, et ita ad operas compellere possit.

§. 12. Perspecta necessitate operarum praestandarum, nunc ulterius disquirendum est, an omnes cujusque conditionis uxores operas praestare debeant, praesertim, si uxor fuerit nobilis? Multi nobilem uxorem ab obligatione operarum liberant, moti ratione illa, quod sc. marito hoc ipsum dedecori videatur, si operas ab uxore exigere velit; quo et facere videtur *l. interdum* 34. *in fin. de oper. lib.* ubi Jctus ita: *sed si liberta, quae operas promisit, ad eam dignitatem perveniat, ut inconveniens sit praesture patrono operas, ipso jure hae intercident.* Et hanc sententiam tuentur Panorm. *in cl. literas de rest. spol.* Cuno *de pact. l.* 1. *c.* 6. *n.* 206. Sanchez. *de matrim. l.* 6. *disp.* 6. §. 14. Brunnem. *ad l.* 34. *cit. n.* 2. Ex quo concludit Bartolus *in l. divortio* 8. *ff. solut. matrim. n.* 4. (quae in Gothofredi editione *est l.* 7. §. 1. *ff. solut. matrim.*) quod vidua nobilis, licet vel maxime post mortem mariti de bonis ejus alatur, tamen non teneatur operari, et sic, quicquid operis suis acquirit, sibi acquirere videtur. Sed duae sunt diversae quaestiones, quas Bartolus, hic confundit. (1) an uxor nobilis teneatur operari? (2) an, si vel maxime non obstricta sit ad operas, nihilominus vero talia marito praestiterit, sibi acquirat? hanc posteriorem adhuc intactam hic relinquo, dum prius excutiendum erit, an ad operas adstricta sit. Hic vero contra praedictos auctores contrarium tuetur Tiraquell. *de nobilitat. c.* 20. *n.* 95. ex ea ratione, quod (1) conditio creditoris non debeat fieri deterior propter nobilitatem debitoris, (2) generaliter in jure uxor obligata sit ad operas praestandas, nec ullibi reperiatur excepta uxor nobilis, (3) Ad *cit. l.* 34. respondet, quod loquatur de liberta, cui dignitas accessit, quae illam excusat sc. a vilibus operis, quas liberta promiserat, nam de promissis operis artificialibus extraordinariis, ad quas alias non obligabatur, loquitur textus. Verum hic non de operis extraordinariis, sed quas natura societatis conjugalis postulat, nobis sermo est; (4) urget, quod uxor nobilis aeque subdita sit marito, ac ignobilis, et sic cum utrobique eadem causa adsit, non potest non quoque idem effectus se exserere, praesertim cum (5) nobilitas non excuset ab his, quae uxor facere tenetur, quod deinde variis exemplis illustrat. Verum utraque sententia, cum non satis sit definita, aliquid veri et falsi habere videtur, scilicet obligentur uxores indefinite ad operas praestandas, sed leges non determinant distincte certas operas, ad quas obligatae esse debeant, adeoque hoc omnino judicandum esse videtur ex conditione personarum et regionis consuetudine. Non dubitandum est, quin opificis et rustici uxor graviores labores suscipere debeat pro conditione personae suae, quas non suscipere tenetur uxor nobilis; licet illa ad operas convenientes adstricta sit. Hinc non dicitur mariti conditio fieri deterior, si uxor nobilis vilia servitia non praestat, id quod et marito dedecori foret, et quando nubit nobilis puella, secundum consuetudinem regionis se obligasse censetur. *l.* 31. §. 2. *ff. de edict. aedil.* et omnis promissio intelligitur secundum qualitatem personae, atque adeo non potest conqueri vir, si uxor non praestat ea, ad quae non est obligata. Surdus *de aliment. tit.* 4. *qu.* 29. *n.* 14.

§. 13. Extendunt vero doctores hanc obligationem ad praestandas operas etiam post mortem, adeo, ut etiam vidua durante retentionis jure, in commodum haeredum laborare debeat, puto fila ducere, nere, suere, texere, Paul. de Castro in *l. divortio ff. sol. matr. n.* 10. Coler. *de process. execut. p.* 1. *c.* 2. *c.* 196. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 15. *n.* 3. Nam ait Carpzovius, *non debet mulier in domo mariti stare otiosa tamquam truncus, aut corpus mortuum, sed assuefaciendo est ad lanificia et fusum, pro depellendis otiis, quae ut plurimum inducunt luxuriem, aliaque vitia.* Hoc vero deducunt exinde, quod durante jure retentionis alimenta necessaria ex bonis capiat, Carpz. *cit. l. def.* 12. et ideo per id tempus, quo alitur ex communibus

bonis, teneatur operari haeredibus mariti, non aliter, atque marito tenebatur. Carpz. *cit. l. d.* 15. *n.* 2. Coler. *cit. l.* Verum praedicti doctores hoc ita restringunt, ut fere non appareat, an et quas operas vidua praestare haeredibus debeat, nam officiales seu obsequiales, quae marito ordinarie praestantur, non possunt amplius praestari; ad artificiales vero non adstringunt viduam, quo facit decisum apud Carpz. *cit. def.* 15. *Dasjenige aber, so sie mit Nehen, Spinnen, und dergleichen Arbeit, binnen wehrender Zeit verfertiget, und zubereitet, verbleibt ihr der Wittwen eigenthümlich billig, und sie mag solches in die Erbschafft zu conferiren nicht angehalten werden.* Nihil ergo restat, quam ut asseramus, uxorem administrationis curam subire tenere, et sic operas ex obligatione ad administrationem praestat, sicuti negotiorum gestor, et in hunc quoque finem rationes administrationis reddere debet. Carpzov. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 14.

§. 14. Evicta itaque obligatione uxorum ad operas, reliquum est, ut videamus, in cujus commodum illas praestare, et cui lucrum ex operis quaesitum acquirere teneatur. Nam licet jura fere omnia in eo conveniant, quod uxor adsumpta in mutuum adjutorium ad operas teneatur, tamen in eo discrepant, cui lucrum tale acquiratur. Vidimus in *cap. antec. circa f.* varia locorum reperiri statuta, secundum quae acquaestus conjugalis, seu quod communi labore quaesitum, dividi debeat inter conjuges, quae statuta pleuius explicantur a Gars. *de acquaest. conjug.* et Lauterb. *de societat. bon. conjug.* Ast haec nunc quidem seponamus, tantum consideraturi, quale jus secundum jus commune romanum marito in operis uxorum competat.

§. 15. Scilicet jam in limine hujus capitis ostendimus ex natura operarum officialium, illas praestandas esse in commodum mariti, et derivandas ex obligatione uxoris erga maritum, quae partim tacitam quamdam promissionem de mutuo adjutorio, partim etiam subjectionem pro fundamento habet. Sicuti jam operae libertorum patronis cedunt, quod in ejus commodum praestari debeant, ita quoque operae uxorum in commodum mariti cedunt, unde regula nata: quicquid uxor operis obsequialibus acquirit, marito acquirit. Et hoc ipsum communiter probare solent ex *l. sicut.* 48. *pr. ff. de oper. libert.* ubi Jctus ita: *sicuti patronus, ita etiam patroni filius, et nepos, et pronepos, qui libertae nuptiis consensit, in officio mariti esse debet h. e. marito officiales debet operas.* Hoc est enim officium uxorum qua talium, ut viris suis inserviant, illisque officium personale praestent, prout supra §. 2. *et* 3. dictum. Quod autem per officium in adducto textu intelligantur *operae officiales*, atque adeo *operae et officia* non distinguantur, uti putat Gothofred. *in not. lit. d.* patet ex *l.* 2. *c. de obseq. patron. praestand.* ubi dicitur, quod libertae non cogantur *officium* patronis praestare, si voluntate ejus essent nuptae. In *l.* 11. §. 16. *de oper. libert.* rursus officium imperator vocat operas. Idem ulterius Pomponius confirmat *l.* 31. *c. de donat. intr. virum et uxorem.* asserens: *sed si vir lana sua vestimentum mulieri confecerit, quamvis id uxori confectum fuerit* (h. e. in usum uxoris) *et uxoris cura, tamen viri esse, neque impedire, quod in ea re uxor tamquam tunipendia fuerit, et viri negotium procuravit,* et *in* §. 1. *d. l.* dicitur, quod si viri nomine ex lana sua vestimenta confecit virilia, haec viri esse debeant, ut is tantum lanae pretium uxori praestet. Quaenam vero ratio diversitatis alia quam haec, quod quidem uxor sit in officio mariti, non vero maritus in officio uxoris. Quascumque ergo operas uxor in commodum mariti exhibet, exinde marito acquirit, sed non contra. Quas enim vestes maritus uxoris nomine curat confici, licet vel maxime uxor ad eas operam et curam suam praestiterit, sui ipsius gratia fecisse videtur, ut eo ornatior et cultior incederet, *l.* 5. §. 10. *ff. commod. l.* 25. *de pecul.* Roland. a Valle *consil.* 10. *n.* 12. Gail. 2. *obs.* 91. atque adeo hoc ipsum ad vestes quotidianas referri non debet, quia haec sub alimentis comprehenduntur quae uxori a marito debentur, Gail. *cit. l. n.* 3. Denique nonnulli pro hac sententia adducunt textum in *l.* 19. §. 1. *ff. de pecul.* sed non apparet, quid ex hoc textu legitime pro operis uxoris possit inferri. Agitur ibidem de servo dotali, et asseritur, quod habere possit peculium duplex, alterum, quod ad maritum, alterum quod ad uxorem pertinet: et deinde disquiritur, ad quodnam peculium pertineat, si a servo quid esset acquisitum, et quid ex tali peculio detrahendum sit, si actio de peculio moveatur, an quod marito tantum, an vero etiam quod uxori debetur, quod Jctus distincte decidit. Neque aliquid momenti hic praestant verba: *nam quod ex re mariti quaesivit, vel ex operis suis, id ad maritum pertinet,* quia, uti contextus docet, haec referenda sunt ad servum dotalem, non ad uxorem. Interim doctores in eo communiter consentiunt, quod uxor ex obsequialibus operis marito acquirat. Heig. *p.* 2. *qu.* 29. Wesenbec. *ad tit. de rit. nuptiar. n.* 6. Carpzov. *de jure singul. fem. dec.* 1. *pos.* 3. *n.* 15. Id. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 15. *et p.* 3. *c.* 25. *def.* 8. *seqq.* Mev. *ad jus lubec. p.* 2. *tit.* 2. *art.* 12. *n.* 133. *seqq.* Schoepff. *in synops. jur. priv. tit. de rit. nupt. n.* 58. Struv. *ex.* 29. *th.* 56. Berlich. *p.* 2. *dec.* 224. *n.* 40. *seqq.* Menoch. *l.* 3. *praes.* 51. *n.* 4. Tiraquell. *de nobilit. qu.* 20. *n.* 94. *seqq.* Brunn. *ad l.* 51. *ff. de donat. int. vir. et ux. n.* 3. et *ad l.* 31. *ibid. n.* 2. Coler. de *proc. exec. p.* 1. *c.* 2. *n.* 167.

§. 16. Caeterum solent a nonnullis contra hanc sententiam sequentes rationes adduci, (1) quod, ut ancillam non emimus, ut pariat, ita uxorem non ducamus, ut opera ejus utamur (2) quod nec liberi parentibus, nec ulli ingenui homines alias regulariter operas alteri debeant. *l.* 10. *de obseq. parent. l.* 4. *ff. si a parent. l.* 56. *ff. de fid.* (3) grave dubium oritur ex *l.* 46. *ff. de oper. libert.* ubi Jctus ita ait: *liberta, si in concubitu patroni esset, perinde, ac si nupta eidem esset, operarum petitionem in eam dari non oportere constat.* Si ergo patronus maritus suae libertae factus, operas amplius exigere a liberta nequit, cum tamen etiam haec officiales eidem operas debeat, certe ab uxore exigi non posse videntur operae. Ad primum respondet recte Schilter. *ex.* 44. §. 50. *circa fin.* finem matrimonii non tantum esse sobolis procreationem, sed et educationem et nutritionem familiae, quae fit per bona legitime acquisita; adsumitur enim in adjutorium viri, et huic subjectionem praebet, atque adeo exinde potissimum ad obsequiales operas adstringitur, non ex alimentorum praebitione, uti quidem existimat Schill. *cit. l.* argumentum ab operis servorum ducens, uti supra notatum est. Ad secundum regero, emancipatos quidem non teneri parentibus ad

operas, nec regulariter ingenuos, nisi (*a*) ex natura societatis aliud appareat, uti ex matrimonio (*b*) vel subjectionis quaedam ratio concurrat. Denique tertia ratio ex *l.* 46. *cit.* desumpta, satis commode accipi potest de operis fabrilibus, seu artificialibus, quas liberta patrono speciali pacto promiserat, has utique remisisse eo ipso videtur, quo illam in matrimonio, vel concubinatu habere coepit, nam quoad officiales clara est decisio in *l.* 48. *ff. de oper. lib.* vel dici potest, quod operas, quae liberta ut talis debebat, eidem remisisse videatur, sed nihil additur de operis, quas uxor ut talis jam debere marito incipit, variant enim etiam operae officiales pro diversa conditione personarum.

§. 17. De jure saxonico, an idem obtineat, quod hactenus de jure romano evictum est, a nonnullis in dubium vocatum est, quia in *spec. sax. l.* 1. *art.* 31. *dicitur*; *Mann und Weib haben nicht gezweyet Guth zu ihrem Leibe.* Sed glossa in *hunc textum* hoc intelligendum voluit de communione quoad usum et professionem, quam decisionem plerique Jcti saxonici secuti existimarunt, etiam de jure saxonico acquaestum conjugalem ejusmodi ad solum maritum pertinere. Petr. Heig. *p.* 1. *qu.* 29. *n.* 7. Franzk. *lib.* 2. *res.* 11. *n.* 5. 6. quam etiam assumpsit Carpz. *p.* 3. *const.* 25. *def.* 9. Sic pari modo graviter olim disputatum fuisse constat, an secundum jus lubecense uxor quoque ex operis suis acquirat marito? Cothmannus *vol.* 4. *consil.* 24. *et* 25. arbitratus est, acquaestum hunc non soli marito acquiri, sed dividendum esse inter maritum et uxoris haeredes, quod pluribus fundamentis a Mevio ad *jus lubec. p.* 2. *tit.* 2. *art.* 12. *n.* 84. *seqq.* recensitis impugnatum. Sed in contrarias partes ivit Mev. *cit. l. n.* 94. *seqq.* potissimum hoc urgens, quod jus saxonicum cum jure romano plane conveniat in hoc passu, jam vero ex jure saxonico jus lubecense quoad maximam partem desumptum sit, quae sententia proinde satis probabilis est, praesertim cum *n.* 107. *seqq.* dubia a Cothmanno mota satis erudite diluat.

§. 18. Hoc obiter addo, cum supra statim *in* §. 2. *hujus cap.* dictum sit, *operas esse diurnum officium*, quosdam iude ansam arripuisse dubitandi, an etiam uxor marito obligata sit ad operas nocturno tempore peragendas? Hac in quaestione Baldum sibi ipsi contrarium fuisse notat Polydorus Ripa *de nocturno tempore. c.* 35. *n.* 11. *seqq.* et hoc non mirum esse ait, quia cerebrum Baldi per Paulum castrensem, ejusdem Baldi socium, continue volvebatur, sicut avis in aere. Ipse autem Ripa *n.* 15. existimat, nocturnas operas totas succedere uxoris lucro, nisi ratio obsequiorum, vel de sui natura, vel ex necessitate horas nocturnas desideraret. Verum existimo, a tempore non esse aliquam differentiam sumendam. Nam quae operae ab ipsa praestantur, sunt vel obsequiales, seu ad officium uxoris pertinent, vel artificiales; priori casu sine dubio cedunt in commodum mariti, quamvis maritus absque necessitate tales operas non facile ab uxore exigere debeat. Posteriori autem casu, quid juris sit, infra videbimus.

§. 19. Cum itaque uxor obligata sit marito ad operas obsequiales, marito quoque non potest non perfectum jus competere ad operas exigendas ab uxore etiam invita, quem in finem supra §. 11. *in f.* privatam quamdam marito dedimus potestatem uxorem cogendi ad ejusmodi operas, etiam per quamdam subtractionem alimentorum. Caeterum, si ne quidem haec privata coactio sufficiens esse possit, non dubium, quin eum in finem judicem implorare queat. Surdus *de aliment. tit. qu.* 29. *n.* 19. *seqq.* Qualis autem actio hunc in finem prodita sit, non satis constat, interim, cum tota causa haec ex potestate mariti fluat, dubitari non potest, quin summarie tota causa haec peragi, atque adeo res expediri debeat per implorationem officii judicis, qua causae summariae utplurimum peraguntur.

§. 20. Sed tamen etiam modum maritus in exigendis operis obsequialibus observare debet, et secum reputare, quod etsi obsequium eidem debeat, tamen uxor non sit nomen meri servitii, sed societatis et amoris, unde vilia, abjecta, et immoderata exigere haud debet, Peck. *de test. conjug. l.* 4. *c.* 2. *n.* 3. Cum enim hoc quoque jura a patrono requirant, ut modum servet, *l.* 19. *de oper. libert.* et tempus ad curam corporis necessarium liberto relinquat, *l. pen.* §. 1. *ff. eod.* quanto magis haec dicenda erunt de maritis, qui secundum rationem cum uxoribus cohabitare debent; a ratione autem alienum foret, velle uxores ad instar ancillarum habere, quae tamen marito in adjutorium datae. Sic quoque non audiendus erit maritus si ab uxore exigat operas, quas vel aetas recusat, vel infirmitas corporis non patitur, vel quibus institutum, vel propositum vitae imminuitur, ut dicit jctus in *l.* 17. *ff. de oper. libert.* Nam licet se indefinite obligasse censeatur ad operas obsequiales, et domesticas, tamen hoc semper pro conditione, et statu personarum aestimandum est. Praeterea cum uxor coruscet radiis mariti, vilia officia ab ea exigere nequit, quae absque dedecore uxor praestare non possit, uti supra jam vidimus. Conf. Sanchetz *de matrim. l.* 6. *disp.* 7. *n.* 14. Interim, si maritus sit abjectae conditionis, et ad vilia servitia intra domum praestanda non possit ancillis vel famulis uti, omnino uxor quoque ad ejusmodi ancillares operas adstricta erit, quia has mariti conditio postulat, quod observat Ubaldus *de duobus fratribus qu.* 4. *n.* 17. asserens; *hoc cognosci in rusticis, quorum mulieres, etsi ligonicent, et operentur in praediis, tamen omnia marito quaerant*, quia, etsi uxor pro conditione mariti ad operas ancillares et vulgares haud sit obstricta, tamen, si semel illa sponte praestiterit, omnino quoque inde marito acquiri dicendum est, cum etiam hae propter adjutorium in re domestica semel praestitae sint. Do. Praeses in *not. ad laut. tit. de rit. nupt. ad verb. operae.*

§. 21. Quae autem singulae sint operae uxorum obsequiales, in uno exhiberi catalogo distincte nequit, quae tamen ex supra dictis facile constare possunt. Breviter Chopius *in philosophia juris c.* 6. *th.* 4. totam rem ita refert: *in officio operum numerarem observationem mariti, et curam familiae reliquae, nempe, ut ante omnia maritum, ut suum et communem familiae dominum revereatur, et comis ac blanda ei conversetur, virtutibus marito gratis et honoratis studeat, vitia, quae sibi et illi dedecori esse possunt, pro possibili vitet, in familia, ac liberorum probae educationi sedulo incumbat: servitia ministrorum coordinet, urgeat, ubi praeter decoris jacturam pos-*

est, manus admoveat, parta sedulo custodiat et conservet, domum tutetur, et quaecumque alia ad familiae decus faciunt, sedulo praestet. Patet vero ex his, quaedam ad nudum officium erga maritum facere, quo etiam inprimis refero, quod aegro marito omnibus modis inservire debeat, quaedam, etsi quoque officium erga maritum contineant, tamen simul rem familiarem rei domesticae augere, veluti per bonam et commodam rei domesticae administrationem, et prudentem omnium rerum oeconomicarum ordinationem, et ex his potissimum acquaestus oritur, qui marito accrescit.

§. 22. Cum igitur uxor ad officia marito praestanda indefinite obstricta, merito dubitari posset, an etiam uxor possit ejusmodi officia marito praestare, quae non ad ejus obligationem, sed potius ad bene merita remuneratione digna referri possint. Quae investigatio haud absque omni est effectu. Quid enim, si maritus aliquid uxori in remunerationem donasset, fundamentum decidendi, an talis donatio valeret, exinde petendum est, cum inter conjuges valeat donatio remuneratoria. Carpz. *p.* 2. *c.* 13. *def.* 18. Berl. *p.* 2. *concl.* 15. *n.* 12. Mev. *ad jus lubec. l.* 1. *tit.* 6. *art.* 2. *n.* 1. *seqq.* Sane Pinellus *in l.* 1. *c. de bon. matern. p.* 3. *n.* 51. arbitratur, uxorem debere omnia officia conjugi maritali affectione, et non posse adeo inveniri bene merita erga virum. Ast Joh. Garsias *tr. de donat. remun. n.* 28. *seq.* in contrarias partes ivit, et varia exempla officiorum adduxit, quae ad bene merita referri possent. Namque ait: *Si duxeris nobiliorem foeminam, ipsaque te aegrotante cibum paret, medicamenta apponat, excubet pernox, fricet, ungat, thorum sternet ipsa, ut mollius cubes, lavet, nec abstineat acoquinaribus operis, et servilibus ministeriis, profecto, quia ad ista non tenetur uxor nobilior, si faciat, te modis omnibus demeretur, et singulari et opportuno beneficio affici.* Ast dubitari posset merito, an adducta exempla uxoris officio, an praeter officium fecerit? Nam si vel maxime uxor nobilis sit, tamen jam est socia rei domesticae, et licet ordinarie extra casum necessitatis operis duris haud possit onerari, tamen ubi maritus aegrotat, omnino esse officii uxoris crediderim, omnibus modis marito praesto esse, et praedicta officia eidem praestare: nam quaedam officia habent suam necessitatem *pro certo rerum statu*, quae alias forsan marito non essent exhibenda, atque adeo ob has causas donationem haud posse dici remuneratoriam arbitror, nam merito non nisi singularia ad quae uxor alias non erat obligata, merentur remunerationem. Cuno *de pact. l.* 1. *c.* 6. *n.* 206. *seqq.* de quibus omnino constare debet; cum non praesumantur. Certe commodius forsan huc referri posset exemplum fidelissimae uxoris Hugonis Grotii quae, ut liberaret maritum ex carcere, se ipsam carceri mancipandam tradidit. Quod enim beneficium singularius esse posset, quam liberare aliquem periculo mortis, et squalore carceris perpetui, se vero ipsum pro altero in periculum conjicere? tanta certe non est haec obligatio ad officia marito exhibenda, ut etiam pro eo teneatur ambiguum discrimen subire. Cuno *de pact. lib.* 1. *c.* 6. *n.* 206.

§. 22. Superest, ut breviter etiam videamus, quibus casibus cesset ille acquaestus maritalis. Hoc certum est, dissoluto matrimonio quoad vinculum, omnem exspirare obligationem, quae erat inter maritum et uxorem, et sic quoque uxorem non amplius marito suo debere obsequiales operas. Sed cum per separationem quoad thorum et mensam non tollatur vinculum matrimonii, et sic duret obligatio uxoris erga maritum, posset dici, marito adhuc acquiri per uxoris operas obsequiales, imo cum maritus adhuc separatam uxorem alere teneatur. Petr. Barbosa *ad rubr. ff solut. matrim. p.* 2. *n.* 43. Coler. *de alim. l.* 1. *c.* 10. *n.* 30. *seq.* et quidem extra domum. Berlich. *p.* 3. *concl.* 36. *n.* 54. merito quoque uxor marito debet operas praestare, praesertim, cum haec separatio lucra matrimonialia non tollat. Finckelth. *obs.* 31. Verum enim vero multa dubia circa hanc decisionem superesse animadverto, praesertim, si ob mariti culpam vel saevitias separatio quoad thorum et mensam concessa sit, uti plerumque contingit. Nam (1) alias juris est, nocentem sive maritum in uxorem saevientem amittere successionem praetoriam, quod suo facto, vel delicto meruit. Dn. Praeses *de success. ab. int. dis.* 4. *c.* 1. §. 11. et licet (2) vel maxime maritus non adeo in culpa sit, tamen separationis hujus haec est natura et indoles, ut societatis matrimonialis, et potestatis maritalis exercitium quodammodo suspendatur, dum simul cohabitare desinunt, qua cohabitatione cessante non potest maritus ab uxore a se separata operas obsequiales, vel alia officia exigere, quamdiu in tali statu separationis vivunt. Inde etiam Bruckner. *decis. matrim. c.* 25. *n.* 24. inter incommoda hujus separationis quoque refert, quod in re familiari, et oeconomica, nec non exercitio opificii, mercaturae, et aliorum cuique propriorum vitae generum impediantur. (3) Obsequiales operae necessariam requirunt conjugum cohabitationem, quoniam personae mariti praestari debent, quod fieri non potest, ubi ita inter se separati sunt. Et pro hac sententia facit. *c.* 2. *x. de donat. intr. vir. et uxor.* ubi usque ad separationem matrimonii habetur ratio acquaestus, conf. Garsias *de acquaest. conjug. n.* 60. Idem quoque dicendum existimo, si maritus uxorem domo expulerit, vel detruserit. *l.* 20. §. 1. *ff. de oper. libert.* ut tamen divortium haud fuerit plene secutum, vid. dn. Praeses *cit. l.* §. 13. *seqq.* cum merito privandus sit lucro ex jure mariti fluente, qui potestate abutitur. Mev. *p.* 5. *dec.* 136. Br. *ad l. un.* §. 8. *ff. unde vir. et uxor.* Garsias *cit. l. n.* 162.

§. 23. Sic etiam maritus acquaestum conjugalem ex operis obsequialibus uxoris amittit, quando in pactis dotalibus huic renunciaverit, et cum futura uxore convenerit de dividendo communi lucro sive acquaestu. Potissimum enim pacta dotalia determinare talia solent, quae ordinarie primo loco inspicienda, Carpz. *p.* 3. *c.* 25. *d.* 13. Quamvis enim supra evictum sit, operis non posse renunciare, aliud tamen dicendum est, quando quaeritur, an non circa lucra ex operis provenientia aliud quid possit inter conjuges disponi, quod licite fieri potest, cum etiam statuta saepe recedant a communi jure, et aliud quid determinent: quod autem statuto potest introduci, hoc etiam pactis. Possunt enim inter se convenire neonymphi, ut quilibet sibi suis acquirat, et ut alter nihil juris habeat in bonis acquisitis, quod inprimis ratione operarum artificialium usum habere potest. Peck. *de test. conjug. l.* 2. *c.* 1. *n.* 3. Mev. *ad jus lubec. p.* 2. *tit.* 2.

art. 12. *n.* 128. Neque vero tantum ante matrimonium talis renunciatio a parte viri fieri potest, sed etiam constante, quamvis enim donatio inter conjuges constante matrimonio sit interdicta, attamen pro donatione non habetur, quando maritus in favorem uxoris renunciat a quirendo lucro, *l.* 1. §. 13. *segu. l.* 31. §. 7. *ff. de donat. intr. vir. et ux.* Peck. *d. tr. l.* 1. *c.* 1. Garsias *de acquaest. conjug. n.* 147.

CAPUT IV.

De operis uxorum artificialibus.

SUMMARIA

Connexio. §. 1.
Operae artificiales quid? §. 2.
Quod operae artificiales distingui debeant ab officialibus. §. 3.
An ad communes sive medias uxor obligata sit? §. 4.
Uxor non obligatur ad operas artificiales stricte dictas. §. 5.
Cujus lucro talis acquaestus cedat? §. 6.
Rationes eorum, qui haec lucra marito adscribunt. ibid.
Decisio cum rationibus. §. 7.
Responsiones ad rationes dissentientium. §. 8.
Limitatur assertio (1) *si aliud statuto vel consuetudine introductum fuit.* §. 9.
(2) *Si operas obsequiales eapropter neglexerit.* §. 10.
(3) *Si ex pecunia mariti negotiata sit.* §. 11.
(4) *Si communem cum marito negotiationem exerceat.* §. 11.
(5) *Si pacto promiserit, quod omnino velit acquirere marito.* §. 13.
An maritus possit uxori interdicere, ne artificium exerceat? §. 14.
An uxor sequi teneatur maritum, si hac ratione impediatur in vita instituta? §. 15.
Quale jus marito competat in talem acquaestum? §. 16.
Conclusio. §. 17.

§. 1. Ordo me jam vocat ad operas uxorum artificiales sive industriales, quas communiter ita comparatas esse volunt, ut longe diversos jurie effectus producere debeant. Equidem in libertorum operis officialium et artificialium diversa utique est natura et ratio, cum illae debeantur, etiamsi haud expresse promissae fuerint, hae vero non aliter, quam specialiter promissae, et sic his non promissis, quicquid laboribus acquirit, hoc in suae industriae praemium sibi acquirit. Sed an in operis uxorum eadem quoque distinctionis ratio habenda sit, non una est omnium sententia, quidam ajunt, quidam negant, et tamen res propter quotidianam praxin admodum necessaria est, unde de hac materia peculiariter hoc capite agendum duxi.

§. 2. Multum autem in hac quaestione dependet ex accurato conceptu operarum artificialium stricte dictarum, quatenus ab officialibus distinguuntur. Quod plerique hic non adeo certis ducantur fundamentis, ratio esse videtur, quod operas artificiales uxorum aestimare voluerint dd. ex operis libertorum fabrilibus, cum tamen operae pro statu personae et diversitate obligationis variant. Fabriles operae libertorum definiente Zasio *l.* 1. *singul. resp. c.* 3. *n.* 12. sunt illae, quae ex artificio consistunt, in quibus labor plus ad rem ipsam, et ad opus faciendum, quam ad personale ministerium aut personam domini respicit. Ast, si secundum hanc definitionem operas uxorum aestimare velis, de multis posset dubitari, an ad artificiales, an ad obsequiales referri debeant, veluti si in usum non tantum mariti, sed totius familiae culinam instruit, rem pecuariam, prout ruri moris est, exercet, et alia domestica negotia suscipit, quae sane plerumque plus laboris in se continent, quam nudum ministerium personale marito debitum, et tamen utplurimum, quae curam domesticam tangunt ad officiales referuntur. Praevidit haec dubia Odobricus Zasius *cit. l. n.* 17. et hunc in finem *medias* sive *communes* operas fingere maluit, quae quamvis artificio et industria perficiantur, et ad rem familiarem augendam pertineant, tamen simul suo modo ab officialibus aliquid participent, quod una ad peculiarem mariti usum et ministerium expediantur.

§. 3. Scilicet natura societatis conjugalis dictitat, arctius obligari foeminas maritis, quam libertos suis patronis, atque adeo officialium operarum rationem omnino esse dilatandam. Cum enim sit assumpta uxor in adjutorium, omnino ad officiales, sive obsequiales operas referendum videtur, quando manus auxiliatrices marito suo praebet, prout in §. 3. *cap. antec.* plenius explicatum est. Sic itaque, quando lavat, lintea marito conficit, vestimenta ejus curanda pulicendave suscipit, coqui vices gerit, aliaque similia peragit, respectu libertorum possent quidem talia dici artificialia, sed respectu uxorum ad officialia referenda sunt, atque adeo, quando in *l.* 31. *pr. ff. de donat. intr. vir. et ux.* exemplum adducitur de marito lena sua uxori vestimentum faciente et simul additur, quod haec ipsa viri esse debeant, licet uxoris cura facta sint, et uxor tamquam lanipendia in ea re versata fuerit, dubitari posset, an hae ipsae operae, quae in se artificiales videntur, ubi marito praestantur, ab uxore ad adjutorium obstricta, non potius respectu uxoris pro officialibus habendae fuerint; vel si commune quid cum artificialibus habeant, an non tamen plus participent ab officialibus, cum uxor illa, ut marito inserviat, fecerit? Quae cum ita sint, operae, quae artificio singulari et labore peraguntur, duplicis generis esse videntur, quaedam in ministerium mariti ab uxore praestantur, quaedam vero nullo habito respectu ad personam mariti suscipiuntur ab ipsa uxore, ut: obstetricem, lotricem, netricem esse, separatum commercium exercere, propolam agere, saltando et cantando quaestum facere, chirurgiam exercere, vel aliud artificium a mariti rationibus separatum profiteri. Hae stricte et proprie loquendo vocari possunt artificiales, illae vero cum Zasio possunt dici *mediae* seu *communes*, quatenus ab utroque quid participant, quamvis magis obsequialibus accedere videantur, cum mariti ministerium respiciant, ad quae uxor propter obsequium obligata est.

§. 4. Circa has medias operas, quae partim artificiales, partim etiam obsequiales dici possunt, ante omnia disquirendum, an ad illas aeque obligata sit uxor marito suo praestandas, ac quidem ad nudas obsequiales? Quaestio haec imprimis usu venire potest in uxoribus opificum, ubi non raro uxores suas adhibent ad opificium, quod profitentur, quod ipsis non prohibitum, uti responderunt jcti jenenses 1630. teste Bachmanno *exercit exot.* 3. *n.* 110. *ibi*: *Dass ein Meister sein Weib oder Tochter zu seinem Handwerck zu setzen, und vor einen Knappen arbeiten zulassen wohl befugt sey.* Quemadmodum etiam mercatores non raro uxores suas in tabernis adhibent, ut ministerium ibi praestent. Equidem ratio dubitandi esse posset, quod tales operae non possint dici uxoriae, quippe quas uxores, non qua tales praestant, sed ut artifices, uxorum autem operae potissimum ad culturam mariti, et rem oeconomicam spectare videntur. Verum cum operae ab uxoribus indefinite praestandae sint, et quidem ex obsequio mariti debito, existimarem, ad has et similes quoque operas marito praestandas uxores obligari, quatenus (*a*) ad eas idoneae sunt, (*b*) nec in dedecus mulieris et viri tendunt. Neque enim in eo tantum adjutorium praebet uxor, quod rei oeconomicae simul provideat, sed etiam, si praeterea in artificiilibus et mariti propriis negotiis eidem praesto sit. Et sicuti uxor marito agresti operas suas praestat in agricultura exercenda, et re pecuaria, ita in urbibus ex eodem fundamento opifici marito, quatenus potest, manus adjutrices suppeditare debet. Et huc forsan referendae illorum sententiae, qui etiam uxores ad operas industriales adstringunt. Dn. Eyben. *obs. theor. pract. ad. l. disquis.* 3. *obs.* 7. *n.* 9. Hac posita itaque sententia, cum tales operae magis obsequiales videantur, recte asserimus cum Carpzovio, omnia utriusque conjugis labore et industria acquisita ad solum maritum pertinere. Carpzov. *p.* 3. *c.* 25. *def.* 9.

§. 5. Progredior ergo ad operas artificiales stricte dictas, de quibus ante omnia videndum, an uxor ad illas obligata sit? Et recte quidem meo judicio asserit Mev. *ad jus lubec. p.* 2. *tit.* 2. *art.* 12. *n.* 136. quod uxor non possit adigi ad vitae genus suscipiendum, quod maritus non colit, quia hic cessat omne fundamentum operarum praestandarum, quod supra suppositum est. Neque enim has tacite promisisse dici potest, quae ex natura societatis conjugii non dependent, et ad matrimonium nullum respectum habent, neque maritus ex potestate in uxorem illas imperare potest, cum potestas in uxorem haud sit infinita, sed suis circumscripta limitibus et ad negotia matrimonialia potissimum restricta, neque denique ad adjutorium marito praestandum proprie pertinent, cum supponamus casum ejusmodi operarum, quae a mariti vitae genere diversae sunt, et sic marito exhiberi nequeunt. Conf. Boerius *dec.* 81. *n.* 4. Neuenhahn. *de jur, et privileg. viduit. sect.* 18. *lit. b.* Dn. Praes. *diss. de jure mariti in bon. ux. c.* 1. §. 28 Et sic facile patet, quid dicendum sit de quaestione, an uxor teneatur pro pretio lactare alienum filium ex praecepto mariti? Tractat hanc quaestionem Alex. *l.* 4. *cons.* 133. *col.* 2. *vers. in hoc autem.* quod negandum existimo, cum haec opera talis non sit, ut necessario in ministerium mariti ab uxore exhiberi debeat; neque enim praestatur marito, sed alii; sed maritus non potest uti uxore, ut romani ancillis suis utebantur, revera autem ita uxor conjiceretur in sortem ancillarum, si ad usum mariti extraneis infantibus pro pecunia ubera porrigere teneretur.

§. 6. Quod si itaque uxores sponte ejusmodi artificium exercent, veluti, si obstetrices sint, vel mercatrices etc. et lucrum exinde ingens acquirant, gravissima inter doctores disputatio volvitur, an hic ipse acquaestus lucro mariti cedat, an vero uxoris sit? Sunt, qui haec quoque lucra maritis adscribunt. Propugnat late hanc sententiam Mev. *ad jus lubec. p.* 2. *tit.* 12. *art.* 12. *n.* 133. *seqq.* ubi *n.* 136. dicit, quod licet invita ad eas suscipiendas cogi non possit, si tamen suscepit, inde quaesita ad caput familiae pertineant. Rationes ejus sunt sequentes (1.) quod operetur marito, et eidem etiam industriales operas debeat. *l.* 48. *ff. de oper. libert.* ubi, quas libertus debuit operas, easdem sub nomine officii uxorem debere, traditur, debituram alias patrono industriales, si marito solas officiales praestaret. Putat porro huc referendum esse textum in *l. si vir lana* 31. *pr. ff. de donat. int. vir et ux.* ubi agitur de lanipendia, h. e. quae curam lanificii gerit, eique ministrat, quod et juri divino conforme esse ait, quo uxor auxiliatrix viro constituta omnia ipsi, tamquam capiti, tribuere debet, (2.) provocat ad conditionem acquisitorum. Quando enim simpliciter sine ulla conditione uxor ante contractum matrimonium omnia sua bona ad maritum transfert, quae habuit vel ex negotiatione, ex qua vivere, vel lucrari quaedam solita est, in dotem dedisse censetur. Sicuti nunc dotis fructus lucratur, ita exinde quoque per industriam uxoris quaesita. (3.) quod juris praesumptio sit, qua omnia ab uxore acquisita ex rebus mariti quaesita esse, et ad maritum pertinere praesumuntur. *l.* 51. *ff. de don. int. vir. et ux.* (4) et hanc esse intentionem mulieris, quae sine expressa lege se suaque marito committens, omnia etiam ad caput familiae referens, non alia esse mente videtur, quam quod communi oeconomiae acquirere velit. (5) Esse quoque utilem hanc observantiam putat, cum ita praecaveantur litium segetes, quae ex ea singularitate, et separatione acquisitorum nasci possent. Denique (6) haec omnia per consuetudinem probari asserit. Et in hanc sententiam quoque alii descendunt; non infimae pariter notae jcti, vid. Carpzov. *p.* 3. *c.* 25. *def.* 10. ubi adducit exemplum de muliere mercatrice. et concludit, quod quicquid propria pecunia negotiando lucrata sit, non sibi, sed marito acquirat, id quod imprimis de jure Saxonico verum esse ait Petrus Heigius *p.* 1. *qu.* 29. *et* 30. Frantzell. *l.* 2. *resol.* 11. *n.* 8. VVesenbec. *in paratit. l. ad ff. tit. de rit. n. n.* 6. ibique Hahnius *in not.* Suthold. *diss.* 2 *ad instit.* §. 17. *seqq.* Boerius *dec.* 81. Petrus Muller. *in addit. ad Struv. ep.* 29. *th.* 56. *lit. t.* Anton. Cordub. *in l. si quis ex liberis* 5. *et* 10. *ff. de liber. agnosc. n.* 222. Joseph. Ludoph. *dec.* 28. *n.* 8.

§. 7. Verum enim vero, licet Carpzovio et Petro Heigio hoc facile largiamur, quod ipsi de Saxonicis moribus speciatim testentur, tamen si de jure communi haec quaestio decidenda venit, veriorem esse existimo contrariam sententiam, quod videlicet uxor lucra illa, quae constante matrimonio *artificio* suo *separato* acquisivit, non marito, sed sibi acquirat, atque adeo in haereditatem mariti conferre non teneatur. Nam (1.)

in jure communi uxor inter illas personas, per quas alii acquiritur, haud numeratur, quia, cum sui juris sit, cessat quoque fundamentum acquisitionis, quod in filio et servo concurrit. Cacheran. *dec.* 140. *n.* 6. neque potestas mariti tanta est, ut ultra officiales possit aliquid per uxorem acquirere, (2) cessat quoque in artificialibus illa ipsa ratio, propter quam ex obsequialibus marito suo acquirit, has quippe promisisse marito pro natura societatis conjugalis videtur, non aeque illas, et sic ad has obligata, non vero ad illas. Gutierez. *l.* 2. *qu.* 120. *n.* 3. Neuenhahn. *de jure viduit. sect.* 18. *lit. b.* (3) cum itaque etiam ipsi dissentientes fateantur, industriales non esse debitas marito, vid. Mev. *cit. l.* industriales, sive artificiales praeter debitum praestat, et sic marito nullum jus in illis lucris competere potest. Accedit (4) quod quoad artificiales societatem cum marito contrahere possit, ut sic demum cum marito secundum naturam societatis lucra communicet, *l.* 16. §. 3. *ff. de alim. leg.* ergo extra casum societatis lucra unice uxori erunt adscribenda, quae suo labore acquisivit. Marta *in digest. noviss. tom* 3. *societ. c.* 21. (5) Quamvis secundum *l.* 51. *ff. de don. int. vir. et ux.* omnia acquisita ab uxore praesumantur ex bonis viri esse acquisita, tamen, si constat, vel ostendi possit, industria et labore suo, puta negotiando, vel artificium aliquod exercendo quaedam durante matrimonio acquisivisse, merito illa retinebit cum bonis suis. Cum enim hic cesset suspicio turpis quaestus, nihil obstat, quo minus ad uxorem pertineat honeste partum. Kohl. *ad const. marchicam. qu.* 7. *n.* 25. Caeterum frustra Quintus Mutius quaesivisset, unde mulier aliquid constante matrimonio acquisivisset, si omnia ad maritum essent referenda. Neuenhahn. *cit. l.* Et hanc sententiam praeter jam allegatos, tuentur Scipio Gentilis *de don. int. vir. et ux. l.* 2. *c.* 18. *et* 19. Peck. *de test. conj. l.* 2. *in pr.* Gursias *de acqu. conjug. n.* 72. Arnisaeus *de jure connub: c.* 2. *sect. ult. n.* 32. Klock. *vol.* 2. *cons.* 70. *n.* 73. Alciat. *reg.* 3. *praes.* 26. *n.* 11. Mascard. *de probat. concl.* 2. 14. *n.* 12. Surdus. *de aliment. l.* 4. *qu.* 29. *n.* 22. Berlich. *decis.* 224. *n.* 43. Brunnem. *ad l.* 3. *ff. de donat. int. vir et ux n.* 2. Esbach ad Carpz. *p.* 3. *c.* 25. *def.* 10. *n.* 3. Kohl. *cit. l.* Lauterb. *de societ. bon. conjug. c.* 2. §. 5. Schoepffer *in sinopsi jur. priv. tit. de rit. nupt. n.* 58. Illustratur hoc ipsum ex responso, quod dn. Praeses *de success. ab intest. diss.* 4. *c.* 3. §. 54. adduxit, quodque hic repetere juvat; *Hat die verstorbene Frau viel Schock Leinwand und Zwillig wircken und bleichen, auch davon viel Hand-Tischund Bettücher verfertigen lassen, jetzo aber, ob selbe der Frauen Erben zu restituiren, oder dem superstiti marito zu lassen, gezweiffelt wird. So ist vornehmlich dahin zu sehen, ob die Frau zu sothanen Geraethe aus ihren eigenen Mitteln den Flachs gekaufft, oder aus des mariti Mitteln. Auff den ersten Fallgehöret die Leinwand der Frauen per. l.* 31. §. *si uxor lana sua ff. de don. int. V. et U. Auff den letztern Fall gehort die Leinwand den Manne,* nihil obstante, quod in ea re uxor tamquam lanipendia fuerit *d. l.* 31. *pr. ff. eod.* Barbosa *ad l. quae dotes* 34. *n.* 71. *in f. ff. solut. matr.* cum hoc ad operas et curas domesticas pertineat, quas uxor marito praestare tenetur. Coler. *de process. exec. p.* 1. *c.* 2. *n.* 167. *Zumal da auch ingegenwaertigen Fall die Frau des Mannes Nahmen mit in das Ge-*

machte Lein Geraethe genehet, daraus, quod sibi soli non voluerit acquirere, gnugsam absunehmen. Und solte auch gleich maritus der Frauen den Flachs geschencket haben, so wirdzwar die Leinwand der Frauen bleiben, es stehet aber dennoch utilis actio dem marito zu ad petendam aestimationem des gebrauchten Flachses, per l. 29. §. *f. et l.* 30. *ff. de don. int. V. et ux. welches ebener massen von den gemachten Betten zu verstehen.*

§. 8. Haec omnia eo certiora erunt, si a dubiis *supra* §. 6. motis haec sententia liberetur. Nam quod ad primum dubium attinet, certum quidem est, quod uxor marito operari debeat. h. e. adjumentum in rebus domesticis, aliisque praebere, sed de ejusmodi casibus hic non agitur, ubi uxor manus auxiliatrices marito operanti, vel laboranti praebet, sed ubi separatum a marito artificium, vel negotium a re oeconomica alienum exercet. Et quod Mevius arbitratur, etiam uxorem marito debere operas industriales, id de his quidem, de quibus hic agimus, intelligi nequit, ut ipse fatetur, sed forsan de mediis et communibus operis, ubi marito artifici in opificio suo manus suas accomodat; quod illustratur ex *l.* 31. *pr. ff. de don. int. v. et ux.* in contrarium adducta, de uxore lanipendia, ubi maritus in conficienda veste ipsemet occupatus fuerat, uxore adjuvante. Ast, si uxor ex sua lana sibi et *suo nomine* h. e. ut marito nolit acquirere, eique operari, vestimentum fecerit, diserte dicitur *in cit. l.* 31. §. 1. quod uxor vestimenta sibi acquirat; quod si autem viri nomine confecisset, h. e. ea intentione, ut viro acquireret (cum etiam operae uxorum ad curam pro mariti indumentis se extendant, hoc demum viri esse, contendit jctus *in cit. l.* Neque argumentum *ex l.* 48. *ff. de operis libert.* adductum alicujus momenti est, nam de eo adhuc quaestio, an liberta *in cit. l.* patrono suo operas industriales promiserit, cum Zasius *lib.* 1. *sing. resp. c.* 3. ostendat, sub voce operarum simpliciter positarum, saepe in jure nudas officiales intelligi, quod et commode hic applicari potest. Secunda ratio admodum dubia est. Eo enim ipso, quod uxor omnia sua bona ad maritum transferat, et sic etiam negotiationem, non censetur statim ea dotis nomine marito dedisse, cum potius dotis constitutio in facto consistat, et sic non praesumatur; ex quo dd. concludunt, quod in dubio magis bona praesumi debeant paraphernalia, quam dotalia. *Nov.* 22. §. *si quis autem l. f. c. de divort. l.* 1. *c. de dot. caut. non numerat.* Paris. *in dec. qu.* 507. *n.* 4. Menoch. *de praesumpt. l.* 2. *praef.* 6. *n.* 54. Neque fortius pondus habet ratio tertia, illa enim praesumptio ex *l.* 51. *de don. int. v. et u.* adducta, admittit probationem in contrarium, et cessat, si uxor ostendere possit, unde bona illa acquisiverit. Sic et, quod in quarta ratione de intentione mulieris adducitur, haud concludit, cum uxor sit persona ingenua, et sic sibi acquirere possit, atque adeo eo ipso, quod extra operas marito debitas operatur, magis censetur sibi acquirere voluisse, quam marito, cui tales operas non debuit. Quinta ratio solum utilitatem respicit, ex qua ad juris necessitatem haud legitime infertur. Et sicuti inter conjuges ex diversitate bonorum, quae adhuc manet, discordia non nascitur, ita non video, quomodo ex hoc separato sequaestu possit discordia nasci. Denique quod de consuetudine addit,

illa particularis esse potest in quibusdam locis, sed de hac non loquimur, sed de dispositione juris communis.

§. 9. Interim haud negamus, posse aliquando aliud quid circa hanc quaestionem obtinere variis ex causis. Et quidem (I.) si statuto, vel consuetudine aliud introductum sit, cui omnino standum; supra enim dictum est, variare jura maritorum in uxorem. De moribus saxonicis Heigius, Carpzovius et Wesenbecius supra citati testantur, quod totus acquaestus conjugalis marito obveniat: in Statutis vratislaviensibus *de a.* 1676. *art.* 1. §. *wir haben uns.* itidem contrarium dispositum est his verbis: *dass die gantze und voellige Geniesse des Weibes, Haab und Güter, desgleichen auch alles, was beyde Mann und Weib saemtlich und sonderlich, es sey gleich durch Handthierung oder Gewerbe in stehender Ehe gezeuget und erworben, für des Mannes Guth nicht allein auff dem Todesfull, sondern auch bey ihren der Eheleute Leben gehalten werden soll.* Conf. Henr. Gisebert *pericul. statut. secund. art.* 34. *n.* 70. *seqq.* Refero praeterea huc etiam illorum locorum statuta, secundum quae omnis acquaestus conjugalis inter conjuges dividitur, de quibus consuli potest Garsias *de acquaest. conjug.*

§. 10. Deinde (II.) hoc ita limitant, ut ratio sit habenda temporis subtracti servitiis marito debitis, Ripa *de nocturno tempore c.* 35. 17. *seqq.* Eatenus enim quatenus propter operas artificiales distracta fuit a servitio obsequiali, eatenus marito volunt uxorem acquirere ex operis artificialibus, Franciscus Gallus *de fructibus disp.* 3. *art.* 1. *n.* 73. *seqq. et disp.* 20. *art.* 4. *n.* 34. Exemplum posset esse in istis uxoribus, quae lactant liberos alienos, quo ipso in totum distrahuntur a servitiis domesticis et cura maritali, atque adeo aequum est, ut eo nomine lucrum aliquod marito accreseat. Mozz. *de contract. tit. de societ. rubr. de persona n.* 12. Quamvis enim marito indefinite operae debeantur, atque adeo difficillimae aestimationis videatur, quantum marito eo nomine praestari debeat, inde tamen jus mariti in totum non tollitur, sed arbitrio judicis relictum videtur, ut arbitretur, quantum viro ex illo acquaestu industriali ratione subtractarum operarum domesticarum debeatur. Uxor enim hactenus operari, et aliquid acquirere potest, sed salvis operis marito debitis.

§. 11. Aliqui etiam hactenus dicta (III.) limitant, si non propria pecunia, sed mariti negotiata fuisset, quod ita sine dubio intelligendum esse existimo, si in utilitatem mariti sui aliquid fecerit, vel ex ejus mandato. Unde tradit Alciat. *reg.* 3. *praes.* 26. *n.* 11. ubi sors est mariti, quaestum ex negotiatione uxoris cedere lucro mariti, sc. si mariti nomine quoque negotiata fuerit. Alias extra hunc casum, si suo nomine negotiata fuerit, licet viri pecunia, sibi acquirere non sine ratione statuunt dd. Pruckmann. *vol.* 1. *cons.* 44. *n.* 38. Boer. *dec.* 81. *n.* 5. Kohl. *ad const. march. qu.* 7. *n.* 24. Surdus *de aliment. tit.* 4. *qu.* 29. *n.* 26. tum ex generali ratione juris, quod non respiciendum sit, cujus pecunia aliquid acquisitum sit, sed quis illud nomine suo quaesierit. *l. non unde* 7. *c. si cert. pet.* tum etiam per *l. multum* 6. *c. si quis alter, vel sibi,* ubi ita: *siquidem uxor nomine suo emit, eique res tradita sit, nec inde quicquam de his processit, non nisi de pretio adversus eam, in quantum tu pauperior, et illa locupletior facta est, habes actionem.* Idem quoque evincitur *ex l. etsi de tua* 9. *c. de bon. int. v. et ux. l.* 1. *c. siquis alteri vel sibi.* Caeterum in dubio, quatenus uxor separatam negotiationem gerit, praesumitur magis suo nomine, quam mariti negotiari. Kohl. *cit. l. n.* 28. praesertim, cum uxor non sit obstricta, ut marito suo negotietur. Alexand. *l.* 4. *cons.* 133. Nihil ergo marito superest, quam ut pecuniam possit repetere, si pecunia uxori non fuerit donata, et per mariti mortem confirmata. Kohl. *cit. l. n.* 30.

§. 12. Inprimis vero (IV.) non sibi soli uxor lucrum hoc acquirit, si cum marito communem negotiationem exercest, propterea, quod societatem inter se contraxerint. Posse enim talem societatem inter conjuges iniri, patet *ex l. alimenta* 6. §. 3. *ff. de admend. leg.* ubi exemplum adducitur de eo, qui cum uxore sua societatem omnium bonorum suorum per annos amplius 40. habuerat, in quo casu certe ex natura societatis lucra communiter quaesita utrique sunt communicanda. Mozzius *de contract. tit. societat. rubr. de personae n.* 11. Kohl. *cit. l. n.* 31. Joseph. Lud. *decis.* 28. *n.* 12. *et ib.* Idem praeterea evincitur ex *l. ex diverso* 17. §. 1. *ff. solut. matr.* dummodo donationis causa haud fuerit constituta, qualis societas ipso jure nulla est. *l.* 32. §. 24. *ff. de don. int. v. et ux.* Et haec in tantum tunc obtinent, quando expresso pacto societas inter conjuges inita est, sed etiam si tacite, quod declarat Mozzius *cit. l. n.* 11. Interim, quod *n.* 14. pro hac declaratione adductum est exemplum, admodum dubium est, scil. quod tunc quoque tacite societas contracta esse videatur, cum vir et uxor exercent aliquod hospitium, et lucra hinc inde promiscue sint collata in communi, ex quo enim uxor suam industriam adhibet, lucra quoque communicanda esse putat. Quod si enim hac ratione societas esset inter conjuges contracta, rarissime posset maritus acquirere per uxorem, quae adjutorium marito praebet in opificio, vel arte, quam profitetur. Neque aliquid praesidii habere potest *c.* 2. *x. de don. inter. v. et ux.* quem textum jam *c.* 1. late explicui, et ostendi, eum non loqui de societate contracta inter conjuges, sed de peculiaribus moribus Galliae, ubi acquaestus inter conjuges semper dividitur.

§. 13. Praeterea (V.) pactis quoque a jure communi recedi posse certum est, praesertim inter conjuges, qui pactis dotalibus non raro de acquaestu conjugali disponere solent, Sicuti enim recte inter se possunt convenire, ut alter nil habeat de illis, quae quis sua industria acquirit. Peck. *de test. conj. l.* 2. *c.* 9. *n.* 2. ita haud improbari pactum, si uxor in pactis dotalibus quascumque operas suas marito promisisset, et subinde omnem acquaestum ex vitae genere, quod profitetur, profluentem eidem adscripsisset. Quid enim prohiberet, si uxor inops, quae nihil dotis *nomine ad virum* transferre possit, dotis loco ei operas suas artificiales promitteret, veluti si esset obstetrix, aut lotrix, qua ratione maritus ex pacto speciali lucrum ex operis artificialibus acquireret.

§. 14. Caeterum, cum negotiationes, et alia vitae instituta ad illa referri debeant, quae licite suscipi possunt, non intempestive quaeritur, an maritus possit interdicere, ne artificium, vel certum vitae genus exerceat? In qua quaestione ut rite versemur, varios distinguendos esse existimo casus. Ante omnia notari me-

retur, operas artificiales uxorum vel imponi publica auctoritate, vel libera voluntate suscipi. Prioris exemplum est in obstetricibus, quae non aliter quam legitime examinandae admittuntur. Qui tales ducunt uxores, quae ita publicum quasi munus profitentur, haud possunt easdem a munere avocare, ad quod jam semel electae sunt, quamvis, ne constituantur, maritus juste protestari possit. Est enim uxor jam in officio mariti, ut dicitur *in l.* 48. *ff. de oper. libert.* et sicut liberta ab aliis operis patrono praestandis statim liberabatur, ubi consensu ejus alicui nubit, quod ita operas marito jam praestare obstricta sit, ita quoque idem docendum arbitror, si uxor postea tale munus subire velit invito viro, cujus interest, ne ita avocetur a curis domesticis, et operis obsequialibus. Quod caetera negotia concernit, quae libere suscipit, videndum, an maritus justam dissentiendi et contradicendi causam allegare possit, nec ne. Priori casu utique audiendus maritus est, et de ejus praejudicio cognoscendum, veluti si alleget, quod se ipsam prostituat, et incontinentiae suspectam reddat, forsan quod cauponam instituere vellet, etc. nam talis prohibitio quoque ad jus corrigendi referendum, quod marito competit in uxorem. Wurmser. *tit.* 47. *obs.* 21. Vultej. *jurispr. rom. l.* 1. *c.* 16. *n.* 26. Posteriori autem casu, si omne praejudicium mariti cesset, non video, qua ratione uxorem prohibere posset, ne lucrum innocens acquirat. Quamvis enim maritus potestatem in uxorem habeat, et haec se ad ejus voluntatem accomodare teneatur, utrumque tamen non absolute intelligendum, uti ex dictis in *cap.* 1. constat. Et contradicere non potest, qui nullum interesse, vel praejudicium allegare valet, arg. *l. si eo tempore* 6. *c. de remiss. pign. l.* 39. *ff. de adopt. l.* 19. §. 1. *in ff. de minor. l.* 47. *pr. ff. de re judic.*

§. 15. Cum itaque, ut hactenus dictum est, operae uxorum artificiales possint consistere in munere aliquo quasi publico, quod dimittere teneretur, si maritum vel relegatum, vel mutantem domicilium sequi obstricta esset, oritur quaestio, an talis uxor maritum sequi debeat, an vero juste excusetur, allegando, se ita officium dimittere teneri. Supra jam *c.* 1. in genere hanc quaestionem tetigi, et ostendi, ordinarie uxorem adstrictam esse, ut sequatur maritum, etiam relegatum, sed multum tamen arbitrio judicis relictum esse. Atque hinc Petrus Heigius *p.* 2. *qu.* 14. *in f.* censet, videndum esse, quid res rationesque domesticae, liberorum et rei familiaris commodum ferat, utrum salva honestate uxor inter peregrinos versari posset, neque istuc properandum, ut uxor peregrinationem, neque marito, neque sibi utilem, suscipere cogatur, habendamque magis rationem innocentis personae et utilitatis publicae, prout arbitrium boni viri postulabit. Merito itaque haec quaestio arbitrio boni judicis erit committenda, cum certe eo ipso, ubi uxor ita munus quasi publicum profitetur, justam videatur dissentiendi causam habere, ne maritum sequatur.

§. 16. Postquam itaque evictum est, uxorem sibi hujusmodi lucra ex operis artificialibus acquirere, facile constat, marito nullum jus absque voluntate uxoris in ejusmodi rebus competere. Potest itaque libere de illis disponere, testari vel quasvis alias alienationes suscipere, ut tamen, ubi dubium occurrit, an haec vel illa bona ex operis industrialibus acquisita sint, uxor, vel ejus haeredibus incumbat, hoc ipsum legitime probare, cum praesumptio in contrarium adsit, *l.* 51. *ff. de don. int. v. et ux.* de quo plenissime actum in *cap.* 2. Quodsi itaque haec lucra administranda commiserit expresse vel tacite, dum passa est, illa a marito administrari, ad paraphernalia erunt referenda, atque adeo in illa ipsa marito nullum aliud jus, quam alias in paraphernalia ei concessum est, competit, de quo cum *cap.* 2. jam actum sit, agere nolo. Conf. interim dn. Praeses *in diss. de jure mariti in bon. ux. c.* 3. Sic maritus ratione illorum judicium nomine uxoris suscipere potest absque mandati productione, dummodo caveat de rato, *l.* 21. *c. mand.* imo, si constet, quod inter paraphernalia haec relata sint, forsan ex pactis dotalibus, quibus marito administrationem omnium bonorum praesentium et futurorum commisit, etiam absque cautione de rato admitti debet. Ummius *de process. judic. disp.* 9. *th.* 7. Gail. *l.* 1. *obs.* 133. *n.* 1. *seqq.* Neque amittit haec lucra uxor, si vel maxime adulterium commiserit, cum a dote et donatione propter nuptias non commodum duci queat argumentum, Wesenbec. *ad l. jul. de adduct. n.* 19. Carpz. *pr. crim. qu.* 64. *n.* 22. Ratione securitatis vero uxor habet tacitam hypothecam in bonis mariti propter concessam administrationem, sicuti in genere propter quaevis paraphernalia. *l. f. c. de pact. convent. l. f. c. de jure dot.* Myns. *cent.* 5. *obs.* 4. *n.* 2. sed absque privilegio praelationis. Brunn. *in l. assiduis f. c. qui pot. in pign. n.* 20.

§. 17. Addere plura supervacuum esse reor, cum cognita natura artificialium facilis detur progressus ad infinitas conclusiones. Subsisto itaque hic, et Deo t. o. m. humillimas pro exantlatis laboribus ago gratias, qui omnes nostras operas ita semper dirigere velit, ut cogitemus, nos non nobis tantum operari debere, sed potissimum Deo, qui, ut in sui gloriam omnes nostrae cedant operae, fecit?

FINIS.

DISPUTATIO INAUGURALIS JURIDICA

TRIGESIMA TERTIA

DE AUCTORITATE REI JUDICATAE CONTRA TERTIUM.

D. 26. FEBR. AN. MDCCVII.

PRO LICENTIA

SIMON LUDOWIG VILTHUEDT, BIELFELD. WESTPHAL.

CAPUT I.

De obligatione rei judicatae contra tertium.

SUMMARIA.

Introitus. §. 1.
Quid res judicata? §. 2.
Quis sit potissimus rei judicatae effectus? §. 3.
Rationes hujus effectus expediuntur. §. 4.
Res judicata nullo modo regulariter impugnari potest. §. 5.
Res judicata hos effectus habet inter solos litigantes. §. 6.
Rationis regulae. §. 7.
Exemplis illustratur. §. 8.
Sed hoc non universaliter verum est. §. 9.
An ex principis sententia generaliter contra omnes obligatio nascatur? §. 10.
Quis in regula praedicta alius dicatur? §. 11.
Sententia pro ingenuitate nocet omnibus. §. 12.
Sententia profiliatione lata prodest contra omnes. §. 13.
Idem dicendum de sententia pro uxore lata. An idem dici debeat, si frater contra fratrem obtinuerit? §. 14.
Quatenus sententia lata in causa nobilitatis jus faciat? §. 15.
Quid dicendum de sententia pro cive lata? §. 16.
An sententia in primogenitura lata faciat jus quoad alios? §. 17.
An sententia contra vassallum lata noceat Domino? §. 18.
Quatenus sententia contra vassallum actorem lata noceat domino? ibid.
Quod si vassallus conveniatur et succumbat? §. 19.
An sententia lata de statu subjectionis prosit contra omnes? §. 20.
Dubium removetur. §. 21.
Sententia nocet ei, qui causam a jure victi habet. §. 22.
Exemplum ab haerede victo. ibid.
Sententia contra haeredem lata nocet substituto. §. 23.
Idem fideicommissariis. ibid.
Non cohaeredibus. ibid.
Nisi in individuis. ibid.
Vel cohaeres intervenerit. ibid.
Res judicata ei nocet, qui sequentem agere passus est. §. 24.
Exemplum est in creditore. ibid.
Illustratur porro. §. 25.
An judex sibi ipsi per sententiam praejudicet? §. 26.
Sententia in criminalibus lata facit jus quoad omnes. §. 27.
Requisita circa hanc sententiam observanda. §. 28.

§. 1. Est vulgata et decantata juris regula: neminem alterius facto praegravandum esse. *l.* 27. *pr. in f. ff. de procur.* sed factum potius suum cuique, non adversario, nocere debere. *l.* 7. §. 11. *ff. de publ. in rem act. l.* 44. §. 1. *de indic. l. f. ff. de fidejuss.* Quae regula cum in ipsa ratione naturali fundata sit, ita infinitas in jure romano quoque peperit conclusiones, adeo ut infinitum foret, eas in unum colligere, quod nec adeo necessum est, praesertim cum perspicuitas hujus principii omnium in oculos incurrat, ut demonstratione per exempla non adeo indigere videatur. Verum cum ob certas circumstantias aliquando contingere possit, ut etiam quis ex facto alterius praegravetur, et hinc praedicta regula ob varias causas exceptionem patiatur, quae tamen non ita semper in promptu esse solent, cum illa ordinarie, quae a regula recedunt, difficultatibus majoribus obnoxia sint, sane non potest non gratus et utilis esse labor, qui huic disquisitioni impenditur. Aperuit jam illust. dn. Praeses *diss. de impun. facti al.* varios fontes, qui ad hunc laborem amplissimam campum praebere possunt, et cum per varios juris recessus et articulos ibidem haec materia pertractata sit, ego tantum in praesentiarum constitui, ostendere et enucleare rationes juris, ob quas res judicata quoque

suas vires et effectus adversus alios, qui in lite principaliter non fuerunt, porrigere possit, cujus materiae sedes principalis est in *l. saepe* 63. *ff. de re judicata. et c.* 25. X. *de sent. et re judic.*

§. 2. Equidem res judicata non raro in jure ipsa sententia dici solet. *l.* 14. *c. de appell. l.* 40. §. 1. *de pact.* κατ' ἰσχην tamen illa demum sententia talis dicitur, quae silentio decem dierum ita corroborata est, ut finem liti imponat, nec aliquod remedium contra eamdem adhuc supersit, quod ipsam possit suspendere a viribus rei judicatae. *l.* 1. *ff. de re judic. l.* 14. §. 1. *de appell. l.* 8. *c. de exec. rei jud.* Gail. 1. *obs.* 167. Carpz. *in proc. tit.* 16. *art.* 4. *n.* 1. *seq.* Struv. *ex.* 43. *th.* 4. Ante lapsum enim decendii adhuc res integra est, et victori certum et radicatum jus ex tali sententia haud nascitur, cum ubi provocatum fuit, illa adhuc reformari et corrigi in secunda instantia possit, id quod demum cessat, ubi provocatio omnis omissa est. Jac. Gothofred. ad *l.* 207. *in f. d.r. j.* Praesupponitur autem merito, servato juris ordine, et debita causae cognitione adhibita judicem versatum esse, alias sententia est ipso jure nulla. *l. prolatam* 4. *c. de sent. et interloc.* et sic effectum rei judicatae sortiri nequit, quamvis sec. r. i. novissimum *de an.* 1654. multum referat, utrum nullitas sit sanabilis, an insanabilis, ita ut ob hanc nullitatem hodie demum effectus rei judicatae excludatur, non illam, quod pluribus hic quidem explicare a scopo meo nimis remotum est. Praeterea quamvis sententia nullitate haud laboret, dantur tamen nonnullae causae, in quibus sententia nunquam in rem judicatam transire potest ob justissimas rationes, ut sunt causae criminales, matrimoniales. *c* 7. X. *de re judic.* Beust. *de sponsal. c.* 39. *pr.* illust. Dn. Praes. *ad jus eccl. Brunnem. lib.* 2. *c.* 17. §. 27. spirituales, aliaeque, in quibus itidem effectus rei judicatae exulat, atque adeo a scopo meo in praesentiarum alienae sunt. Et denique cum multa impetrari soleant in judicio ad unius instantiam, ut rescripta, mandata etc. quae plerumque *Verordnungen* dici solent, haec quoque nec sententiae nec rei judicatae vigorem obtineat, uti patet ex *t. t. c. comminat. epistolas programmata subscript. auctoritatem rei judicatae non habere*, quae itidem a praesenti themate aliena sunt. Breviter disquiritur hic de sententiis, quae, discussa debite causa, post lapsum decendii in rem judicatam transierunt, et ita executioni vel locum faciunt, vel reo propter absolutionem securitatem plenam praebent.

§. 3. Non vero praetermittendi sunt effectus singulares rei judicatae, ut postea de his respectu *tertii* eo rectius judicare possimus. Solent alias plures allegari, quos plenius illustravit et recensuit Daniel Clasenius *diss. de effect. rei judic.* Potissimum vero hic duos effectus, qui etiam ratione *tertii* sese exserere possunt considerabimus, quorum primus est, quod pro veritate accipiatur et habeatur. *l.* 25. *ff. de stat. homin l.* 207. *ff. de r. j.* non quidem quod semper sit ipsa veritas, nam judex non raro in circumstantiis et applicatione errare potest, ut a nonnullis etiam sententiae casibus fortuitis annumerentur. Carpzov. *part.* 1. *const.* 26. *defin.* 21. 1. illustr. dn. Wildvogel. *de fortuna jurgior.* sed quod quoad effectus juris et moraliter ita haberi et accipi debeat, ac si ipsa esset veritas, pro qua inter litigantes utrinque hactenus certatum, dum alter negavit, alter affirmavit, in re judicata continetur. Carpzov. *lib.* 3. *resp.* 96. *n.* 6. Mev. *p.* 3. *decis.* 104. Johan. Francisc. Niconitius *ad cap. quoniam x. de probat.* Sic itaque facit filium, facit legitimum et ingenuum, qui talis non est proprie, ut tamen post rem judicatam pro tali in omnibus effectibus juris haberi debeat. Parlador *lib.* 2. *res quotid. c. fin. p.* 1. §. 1. facit debitorem, qui talis non erat, Richter. *vol.* 1. *cons.* 45. *n.* 35. Brunnemann. *cons.* 68. *n.* 2. *seqq.* Cum enim rei judicatae stari absolute debeat, nec imposterum retractari possit, non potest non hic effectus sequi, quo in sensu etiam intelligenda et accipienda sunt vulgata dd. de viribus rei judicatae asserta, veluti quod ex injusto faciat justum, ex falso verum. Cothman. *vol.* 3. *resp.* 23. *et resp.* 40. *n.* 78. Berlich. *p.* 2. *decis.* 82. *n.* 3. Merckelbach. *apud Klock. vol.* 1. *cons.* 10. *rat.* 30. quod ex non ente faciat ens. Mev. *cit. l. n.* 1. 2. Joh. Vannez Parlador *cit. l. cap.* 22. §. 1. Hippolit. Riminald. *cons.* 41. *n.* 7. ex albo nigrum. Berlich. *p.* 2. *decis.* 182. *n.* 4. quod aequet quadrata rotundis. Surdus *consil.* 359. *num.* 10. Merckelb. *cit. l. n.* 531. et quae sunt similes locutiones, quae omnes huc collimant, perpetuam et irretractabilem debere esse rerum judicatarum auctoritatem.

§. 4. Atque haec omnia aequissima ratione sunt constituta, quoniam (*a*) interest reipubl. ut tandem litium sit finis, qui nunquam obtineretur, si judicata quovis tempore de novo impugnari et revocari possent, et hoc intuitu non inepte Cicero *de l. agraria* judicat, *rerum judicatarum infirmationes civitatum afflictarum perditis jam rebus extremos exitionum solere esse exitus.* (*b*) Interest quoque reipubl. ut rerum judicatarum sit auctoritas salva, ne, quod publico nomine pronunciatum, facile evertatur cujuscumque impudentia. *arg. l. pr. ff. de j. et j.* praesertim cum (*c*) judicata ejusmodi summam praesumptionem justitiae et aequitatis prae se ferant. Mascard. *de probat. concl.* 1296. et magistratus optime functus officio suo videri debeat. Illustr. dn. Praes. *diss. de praesumpt. pro magistr. c.* 1. §. 8. conf. Gabriel. *lib.* 2. *tit. de sentent. concl.* 4. Marant. *in spec. aur. p.* 6 *n.* 129. accedit (*d*) etiam haec ratio juris romani, quod per litis contestationem litigantes quasi contraxisse inter se, quod judicis sententiae stare velint, videantur. *l.* 3. §. 11. *ff. de pecul.* et hoc nomine quoque actio rei judicatae ex hoc quasi contractu victori comparata sit. Denique (*e*) victus habeat, quod sibi imputet, quod cum potuisset remedio suspensivo sententiam impugnare, eamdem in rem judicatam transire passus fuerit. Ern. Cothman. *vol.* 2. *resp.* 57. *n.* 291.

§. 5. Standum itaque est simpliciter rei judicatae, et nullo praetextu juris, quae semel decisa sunt, in controversia revocanda, sed vel executio statim decernenda, siquidem actor vicit, vel si reus obtinuit, exceptione rei judicatae actor imposterum repellitur, in quo *alter effectus* seu *ortus* ex priori consistit. Et hic effectus executionis potissimum nullo modo amplius revocari debet, ut regulariter nec restitutio in integrum amplius locum habeat. Mev. *p.* 2. *d.* 157. nec princeps jus victori ex re judicata quaesitum auferre possit, ne inde injuriarum occasio nascatur, unde jura oriri debent. *l. meminerint. c. unde vi.* Gail. 2. *obs.* 56. *n.* 1. Finckelth. *obs.* 47. *n.* 12. si vel maxime adversarius asserat, se nova instrumenta invenis-

se. *l.* 35. *de re judic.* ibique Brunnem. *n.* 1. modo ab adversario occultata dolose non fuerint. Myns. *cent.* 4. *obs.* 60. Quamvis vero adhuc in quibusdam casibus auctoritas rei judicatae labefactari possit, ut ostendit dn. Jo. Sam. Stryk. *diss. de remediis contra rem judic.* pertinent tamen tales casus ad exceptionem, et sic extra illos standum erit regulae.

§. 6. Caeterum hos effectus res judicata demum inter solos litigantes producit. *Saepe enim constitutum est*, inquit Jctus *in l.* 63. *pr. ff. de re judic. res inter alios judicatas aliis non praejudicare*, quo etiam respicit *l.* 1. *c. res inter alios act.* et Paulus *in l.* 16 *in f. ff. qui potior in pign. hab.* idem confirmat, ajens: *nec inter alios res judicata alii prodesse aut nocere solet*, et in *l.* 3. *in f. ff. de pignor. non oportet*, ait, *ex sententia sive justa sive injusta pro alio habitu alium praegravari*, conf. *l.* 10. *ff. de except. rei judic. l.* 14. *ff. de appell. l.* 2. *c. de fide instrum.* Idem censuit imperator Gordianus *in l.* 2. *c. quib. res jud. non noc.* ajens: *res inter alios judicatae neque emolumentum afferre his, qui judicio non interfuerunt, neque praejudicium solent irrogare*, quod deinde in *l.* 3. et 4. *cod.* confirmatur. Idem quoque variis locis inculcat jus canonicum, nam in c. 25. *x. de sentent. et re judic.* Pontifex disertis verbis hanc regulam repetit, ajens: *regulariter aliis non nocet res inter alios judicata*, quemadmodum quoque pacta inter alios acta aliis non obsunt. c. *veniens* 8. *x. de transact.* et in c. *delicto.* 25. *x. de praebend.* ibid. *Cum res inter alios acta regulariter aliis non obsistat*, conf. c. *cum super.* 27. *x. de sent. et re jud.* c. *inter dilectos* 6. *x. de fide instrum.* c. *cum olim.* 7. *x. de caus. possess. in f.* c. *inter dilectos.* 8. *x. de donat. in f.*

§. 7. Atque haec sententia tot subnixa legibus tam in civili, quam naturali ratione fundatur. Naturalis enim juris est, alterum ex facto alterius praegravari non debere. *l. factum.* 155. *ff. de r. j.* nec alteri per alterum iniquam conditionem inferri debere. *l. non debet.* 74. *ff. eod.* vel alterius odio praegravari. c. 22. *de r. j. in* 6. *l.* 7. §. 11. *de publ. in rem act. l.* 3. *princ. in f. ff. de transact. l.* 25. §. 12. *ff. famil. hercisc. l.* 27. *pr. in f. ff. de procur. l. f. ff. de fidejuss. l.* 12. *de negot. gest.* Quod tamen revera fieret, si sententia pro vel contra aliquem lata effectus suos in alios quoque, qui non in lite fuerunt, extenderet. Et deinde revera sententia eo ipso in non auditum simul esset prolata, id quod jure detestatur, quae nemini suam defensionem adimunt. Obstat quoque ratio civilis, quia in judicio quasi contrahitur, atque adeo obligatio judicati tantum inter eos operari debet, inter quos quasi contractum, h. e. inter litigantes, de caeteris vero, qui liti non interfuerunt, minime dici potest, quod quasi contraxerint. *l.* 27. *de procur. l. si per imprudentiam.* 51. *ff. de evict. l. in diem.* 9. *ff. de aq. et aqua pluv. arc.* Neque porro potest sententia alii praejudicare, si vel maxime scivit tertius, causam agi in judicio, cum, quo minus alter ageret, impedire haud posuit, *l.* 63. *ff. de re judic.* Boltrem. in proc. judic. p. 2. tit. 11. n. 44. seqq. Quid enim si ex duobus haeredibus debitoris alter condemnatus sit? sane nihilominus alter integre defendere noceret, etiamsi cum cohaerede suo agi sciverit. Item si ex duobus tutoribus alter victus arguerit, alterius petitioni haud praejudicatur. *l. saepe* 63. *pr. ff. de re judic.* Ex quo infert Zasius *cit. l. n.* 11. non valere statuta secundum quae sententia contra tertium possit executioni dari.

§. 8. Liceat adhuc rem paucis declarare exemplis ex jure. Qui fundum cum Lucio communem habebat, legavit usumfructum fundi uxori. Post mortem ejus cum Lucio haeres dividundo communi egit, quaestio est, an si fundus regionibus divisus sit ab arbitrio, uxor teneatur partem, quae haeredi obvenit, in usumfructum accipere? Quod Blesius adfirmabat. Contra Labeo negabat, cum mulieri pro indiviso ex parte dimidia ususfructus esset legatus, nec potuisset arbiter inter alios judicando alterius jus mutare. *l.* 15. *qui fundum.* 31. *de usu et usufr. et redd. legat.* Porro si debitor creditori oppignoravit fundum Tusculanum, et illum vindicans a tertio, tamen superatus sit, quod rem suam non probaret, quaeritur an creditori nihilominus salva sit actio hypothecaria? quod affirmat Jctus *in l.* 3. *ff. de pign.* si probare possit, fundum in bonis illius eo tempore, quo pignus contrahebatur, fuisse. *Etenim*, adjungit Jctus, *fieri potest, ut et pignus recte sit acceptum, nec tamen a debitore lis bene instituta.* Atque ita sententia contra debitorem lata non praejudicat creditori. In querela inofficiosi saepius quoque ad hoc principium in jure provocatur. Quid enim, si filius sit exhaeredatus, duobus aliis haeredibus institutis, quorum alterum vicit, ab altero superatus est, ibi sane nec cohaeredi nocet, quod alter condemnatus sit, nec filio, quod alter absolutus, sed pro parte haeres erit, quo obtinuit. *l.* 15. §. *f. ff. de inoff. testam.* conf. *l.* 16. *l.* 19. *l.* 25. §. *f. l.* 27. §. 3. *ied.* Et inde fluxit regula: quod tunc demum exceptio rei judicatae noceat, quoties inter easdem personas de eadem re agatur. *l.* 7. §. 4. *de except. rei judic. l.* 14. *pr. l.* 22. *l.* 29. *ff. eod.* Idem in criminalibus quoque observatur, ita ut alterius condemnatio alteri haud praejudicet, ut si vir et mulier rei sint adulterii, condemnatio viri non praejudicat mulieri *l. denunciare* 17. §. *f. ff. ad l. jul. de adult.*

§. 9. Verum quemadmodum pontifices in dictis textibus juris canonici optime et notanter asseruere, hanc *regulariter* ita se habere: ita ob plurimas causas et circumstantias contingere potest, ut effectus rei judicatae quoque contra tertium, qui non fuit principaliter in lite, extendatur, uti jam quibusdam exemplis illustravit Jctus *in l.* 63. *ff. de re judic.* et Pontifex *in c.* 25. *x. de sent. et re judic.* Observavit id ipsum jam Andreas Tiraquellus in comment. *ad tit. c. res inter alios act. non praejudic.* ubi nihil aliud egit, quam ut plurimas congereret limitationes, fere ultra quadraginta, et casus adduceret, ubi quodammodo per negotia inter alios acta aliis possit praejudicari. Sed nimis se diffundere more consueto per universum jus voluit, quam ut se intra certos contineret terminos, adeoque etiam pertinentissima, quae ad effectum rei judicatae in alios extendendum pertinent, attulit multaque aliorsae industriae reliquit, et tandem, quae attulit, magis nuda collectanea, quam genuinis fundamentis esse innixa videntur. Itaque potissimum hic de duobus disquirendum erit esse ducem, (1) an et quatenus exceptio rei judicatae alii agenti, qui tamen hactenus in lite non fuit, possit opponi, quod hoc capite expediendum erit, et (2) an et quatenus actio ex re judicata executio possit contra tertium locum habere, quod reservabo ad caput sequens.

§. 10. Ut itaque rem ipsam aggrediar, solent statim hic discrimen comminisci inter sententiam judicis subalterni et summi principis, hoc sensu, ut regula praedicta tantum in judice locum habeat, non vero in principis sententia, quae jus facere debeat inter partes, cum habeat vim legis. Quicquid enim princeps cognoscens decrevit, legem esse constat §. 6. *i. de j. n: g. c. l. f. c. de ll.* Ast judicis sententia tantum legem seu jus inter litigantes constituit. Andr. Tiraquell. *in comment. ad cit. tit. c. res int. al.* Alexand. *in d. l. saepe ff. de re judic. col.* 22. *vers. item fallit in sent.* Ast vero hanc distinctionem plane hic inepte applicatam esse existimo. Negari quidem nequit, fuisse olim inter sententiam judicis et principis hanc differentiam, quod haec legem generalem fecerit, illa vero non; interim tamen etiam non aliter hoc intelligendum esse arbitor quam si princeps in sententia *punctum juris determinet*; qualia decreta plura in codice occurrunt, atque hoc ipso per sententiam aliis non praejudicatur, sed tamen imperator quasi authentice legem interpretatur vel sensum legis dubium enucleat. Ast vero, si in decretis suis punctum juris haud determinat, sed tantum de facto respondet, decernens, *Titium non probasse eum nihil debere, reum absolvendum vel condemnandum esse*, in hoc casu certe, de quo regula praedicta capienda, haud distinguendum esse existimo inter judicis et principis sententiam, eum pro hac eaedem rationes militent, quae pro judicis sententia. Adeoque ipse Tiraquell. parum fidere huic sententiae videtur, si conferatur *cit. l. n.* 7.

§. 11. Hoc discrimine itaque posthabito, cum regula ita se habeat, quod res judicata aliis non noceat, potissimum inquirendum videtur, quinam in sensu juris maxime in hac materia *alii* dicantur. Scilicet non raro haec vox *diversitatem* denotat, et dissimilia complectitur, ut probat Strauch. *in lexic. partic. jur. voce alius.* Barbosa *de dict. cap.* 17. *p.* 10. *seq.* Unde quando in jure dicitur *alia causa est*, quae formula saepe occurrit, idem est, ac si diceretur, *diversa et dissimilis* causa est, *l.* 14. *ff. solut. matrim. l.* 1. §. 1. *ff. quando appell. sit. l.* 29. *de novat. l.* 9. §. *fin. de acquir. rerum dom.* Hoc posito *alii* in praedicta regula dicuntur, qui non eamdem cum litigatore personam gerunt, quales sunt haeredes, sed proprium, principale, separatum et diversum plane jus ab eo habent, quod non dependeat a jure ejus, contra quem judicatum est. Olea *de cessione juris tit.* 3. *quaest.* 12. *n.* 14. E contrario in effectu juris, in hac materia, pro *aliis* haud habentur, quorum jus dependet a jure legitimi contradictoris, quocum hactenus actum, et contra quem judicatum, et sic facile aequissima juris ratione contingere potest, ut etiam res judicata prosit contra tertium vel eum, qui non quidem fuit in lite, sed tamen idem jus habet cum principali contradictore. Sic enim sententia tota facit jus quoad omnes, etiamsi nec litigaverint, nec vocati fuerint ad judicium, nec scientiam litis controversae habuerint. Didacus Covarruvias *pract. quaest. tom.* 2. *c.* 13. *n.* 5. quod nunc exemplis declarandum.

§. 12. Incipiemus a statu personarum, qui triplex, libertatis, civitatis et familiae. De statu libertatis statim elegans decisio occurrit in *l.* 28. *ff. de stat. homin.* ubi Jctus ita: *ingenuum etiam accipere debemus eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus, quia res judicata pro veritate accipitur.* Scilicet potest de ingenuitate duplici modo sententia ferri, ut aut probet is, qui aliquem servum esse asserit, aut qui se ingenuum ait. Si prius fiat, et hic in probando deficiat, tantum pronunciatur, non probatum esse, quod probandum erat, et servum non videri *l.* 27. §. 1. *ff. de liberali caus.* et haec sententia aliis non praejudicat, quia non de jure et statu ipsius servi, sed tantum de jure actoris pronunciatum est. Si vero posterius contingat, quod contingere potest, si volens onus probandi subierit, *in l.* 14. *in f. ff. de probat.* Jam super ipsius statu directo pronunciatur, et ita si ingenuus pronunciatus fuit, haec sententia etiam prodest contra omnes, qui talem libertinum esse asserere intendunt; sunt enim hic verba sententiae concepta in rem, sive de ipso statu, et ita semel status per rem judicatam adjudicatus est. Merlin. *decis. rot. rom.* 166. *n.* 1. Scilicet praesupponit hic transactum in praesenti casu fuisse cum *legitimo contradictore*, qualis hic est vel verus dominus servi, vel verus patronus liberti. Quodsi itaque praeterea alii cum eo agant, et statum ejus in dubium vocent, his nocebit res judicata, utpote quorum jus illidem dependet et deduci debet ex jure principali ejus, qui hac in controversia antea cum servo vel libertino litigaverat, sed nihil obtinuerat, Didac. Covarruv. *pract. quaest. tom.* 2. *c.* 13. *n.* 5. Carpz. *p.* 1. *c.* 26. *def.* 16. *n.* 1. *et* 2. *et lib.* 2. *resp.* 104. *n.* 12. *et p.* 3. *decis.* 234. *n.* 12. Hartmann. Pistor. *p* 4. *qu.* 29. Faber. *in c. lib.* 7. *tit.* 19. *def.* 4. Tiraquell. *in comment. ad tit. c. res inter alios act. limit.* 18. Necesse vero est in hoc casu, ut sententia sit lata de statu contra *praesentem* legitimum contradictorem, non vero ex contumacia absentem *l.* 17. § 1. *ff. de inoff. testam.* ubi additur haec ratio, quod sic non de jure controverso principaliter pronunciatum fuisse videatur. Covarruv. *cit. l.* Quod si vero cum legitimo contradictore actum haud fuerit, h. e. cum domino ejus vel patrono vero; sed qui nunc agere volunt contra eum, probare nitantur, reum alterius esse servum vel libertum, praedicta decisio locum invenire non poterit, quo etiam pertinet, si tertius allegare velit, reum, pro cujus ingenuitate hactenus pronunciatum est, esse proprium servum suum et libertum: hoc vero probato, ex postfacto apparet, cum legitimo contradictore haud fuisse actum, uti liquido constat ex *l. duobus* 30. *ff. de re judic. l. si libertus.* 1. *ff. si ingenuus esse dic. l.* 5. *ff. eod.* Et generaliter res ita deciditur in *l. cum non justo* 5. *ff. de collus. deteg.* ubi Jctus ita: *cum non justo contradictore* (h. e. vere patrono vel domino servi) *quis ingenuus pronunciatus est, perinde inefficax est decretum, atque si nulla judicata res intervenisset.* Hi enim, qui nunc noviter agunt, ab eo, qui olim egit, et non obtinuit, jus suum non habent, nec proprium jus ex ejus jure deducunt, consequenter nec illis obesse potest exceptio rei judicatae, tamquam inter vere alios latae. Esto nunc, eum, pro cujus ingenuitate contra legitimum contradictorem pronunciatum est, testamentum fecisse, vel ut testem in testamento alterius adhibitum esse, et testamentum ideo impugnari, quod testator vel testis servus fuerit, haeres utetur exceptione rei judicatae contra quemcumque actorem, qui testamentum impugnare praesumserit.

§. 13. Ex eodem fundamento porro sententia pro

filiatione lata prodest contra omnes. Ponamus enim, litem fuisse inter patrem et filium super statu filiationis, et contra patrem, qui hic solus est legitimus contradictor, pronunciatum fuisse, esse suum seu filium, sive filius fuerit nec ne, tamen haec sententia effectum suum habet quoad omnes. *l.* 1. §. *f. ff. de agnosc. vel al. lib.* Actum enim hic est cum patre, a quo causa filiationis in omnes alios derivatur et descendit, et hinc quoque in omnibus causis contra quoscumque pro tali habendus. Sic itaque fratribus suis consanguineus erit. *l.* 2. *ff. eod.* cum iis succedit, et ad eorum haereditatem ab intestato admittendus, et si vel maxime ei quaestio status moveatur, mediante qua excludendus sit ab haereditate, tamen contra eos utetur exceptione rei judicatae, uno verbo: contra quoscumque imposterum pro vero filio effectu juris habendus erit. Aliud sane rursus foret dicendum, si non cum ipso patre, tamquam legitimo unico contradictore, sed forsan cum aliquo ex agnatis egisset, et contra eum obtinuisset, ut pro filio esset declaratus, sic enim exceptio rei judicatae aliis agnatis haud praejudicaret. Alexand. *d. l. in l. saepe pen. ff. de re jud. n.* 60.

§. 14. Possumus eamdem decisionem nunc ad alios varios casus applicare. Sic in quaestione de legitimatione matrimonii, utrum Lucia sit legitima uxor, legitimus contradictor est maritus. Contra hunc itaque, si uxor obtinuit, proderit ei haec victoria contra eos, qui illa, quae uxoribus debentur, eidem in dubium vocare nitantur; i. e. successionem ex statuto vel jure praetorio, privilegia ratione illatorum in concursu a creditoribus impugnata etc. Dubium gravius occurrit circa jus fraternitatis. Quod si enim haec in dubium vocatur, probanda est ab eo, qui se fratrem dicit. Mascard. *de prob. concl.* 813. *n.* 1. Carpz. *lib.* 3. *resp.* 65. *n.* 3. Fulvius Pacianus *de probat. c.* 12. *n.* 1. nisi forsan sit in quasi possessione fraternitatis, quae onus probandi devolvit in adversarium. Mascard. *cit. l. n.* 2. Lauterbach. *de sing. jure fratrum p.* 1. §. 17. Ponamus nunc casum, quem adducit Pacianus *cit. l. n.* 6. adesse statutum, quod contractus mulierum et minorum sine fratris consensu non valeat, et vero tertius quis contractum impugnet ex eo fundamento, quod fratrem non habeat, soror contra se fundet in re judicata, quod Eugenius pro fratre ejus per sententiam declaratus sit, quaestio est, an haec exceptio recte hic opposita sit? Totus quaestionis nervus in eo consistit, an, si Eugenius contra sororem obtinuit, quod legitimus ejus frater sit, illa fuerit legitima contradictor? Quod si unica tantum fuerit, asserendum esse existimo. Licet enim jus fraternitatis magis a patre descendat, et sic per sententiam contra patrem latam filius simul jura fraternitatis consequatur *l.* 2. *ff. de agnosc. vel al. lib.* Tamen si pater deficiat, non alii possunt legitimi contradictores, quorum principaliter interest, designari, quam fratres et sorores. Hoc facile interim constat, sententiam contra unum fratrem latam pro legitima fraternitate Titii aliis fratribus non nocere, quia hi jus suum a jure fratris victi haud habent, quemadmodum, si unus haeres victus sit, alter vero contra filium obtinuit, res judicata singulorum litigantibus nocet et prodest, non vero in cohaeredes effectum suum derivat. *l. nam et si is.* §. 1. *ff. de inoff. testam.*

§. 15. Ex eodem principio Tiraquellus *tr. de nobilitate. c.* 37. *n.* 2. hanc deducit conclusionem, q sententia lata in causa nobilitatis, qua quis est de ratus nobilis vel ignobilis, faciat jus inter omnes t quam lata in causa status. Conf. Idem. *c.* 17. *cit. n.* 3. ubi itidem requiritur, (*a*) ut absque omni c lusione eorum, inter quos sententia lata, res pera sit, alias ea nihil obesset non vocatis, quia poss rem ex integro defendere, (*b*) ut lis sit agitata c legitimo et justo contradictore, qualis hic est, cu primo et principaliter interfuit. Tiraquell. *cit. l.* 4. *seq.* proinde qui obtinuit et declaratus fuit pro bili, contra omnes quoque utetur exceptione rei ju catae. Verum res in thesi quidem certa, sed tam Tiraquellus non satis determinat, quis proprie sit le, cujus principaliter intersit, et sic legitimus co tradictor appellari possit. Nobilitas est status maxi publicus, ad decus et splendorem reip. pertinens, ita potissimum reipubl. interest, ne ignobiles se no biles mentiantur, sed ut stemmata et gentilitiae di gnitates in certo sint. Quod si itaque publico nomin v. c. *von der Ritterschafft*, a statibus provincialibus vel ab advocato fisci eidem, qui se nobilem asserit, status controversiae esset mota, et contra hos obtinuisset, merito haec sententia contra hunc contradictorem lata facere deberet jus inter omnes, quod enim ratione servi vel liberti erat dominus, illud ratione nobilis est ipse princeps vel status provincialis, publicum repraesentantes. Nam si privatus incidenter forsan in alia causa itidem pro nobili hunc agnoscere noluisset, per sententiam tamen contra eum pro tali declaratus esset, publico inde nullum crearetur praejudicium. Atque huc pertinet exemplum, quod Tiraquell. *cit. l. n.* 8. adducit de eo, pro cujus nobilitate antea contra eum, qui privatum interesse habebat, pronunciatum erat, qui tamen postea ambit honores vel jura, nobilibus solis publice indulta, siquidem ei de novo status controversia publico nomine moveatur, sententia antea lata in causa privata nihil ipsi proderit, sicuti quoque eidem nocere nequit. Ast si nunc quidem eum pro nobili declarari contingeret, haec quidem sententia ipsi prodesset contra omnes, reipubl. enim hic quoad statum nobilitatis principaliter interest, ne nobilitatis insignia temere a quoquam usurpentur. E contrario si concurrat alius aeque jus principale habens, huic ex iisdem principiis rei judicatae exceptio haud nocebit. Rursus rem declarat exemplo Tiraquellus *cit. l. n.* 7. Ex tribus fratribus duo litigant, primogenitus, qui praetendit duas partes haereditatis paternae ex consuetudine Pictonum, quae inter nobiles defert primogenito duas partes. Secundus urget, patrem communem fuisse ignobilem, et sic aequaliter dividendam esse haereditatem praetendit. Sed contra hunc obtinuit primogenitus, quasi pater fuisset nobilis, et sic ei deberentur duae portiones. Sane haec sententia primogenito non proderit contra tertium fratrem, qui nec in lite hactenus fuit, nec jus suum a jure litigantium deducere debet, sed cujus separatim et principaliter interest.

§. 16. Idem nunc facile applicari posset ad statum civitatis. Aut enim magistratus status controversiam alicui movit, et is contra eum obtinuit, quod civis hujus vel illius civitatis sit, et hoc casu utetur rei judicatae exceptione contra omnes, imo et aliis quoque haec prodesset sententia, veluti fratribus ejus,

quâ obtinuisset, si scil. pro cive originario esset declaratus. Tiraquell. *cit. l. n.* 14. aut vero concivis contra eum egit, eique quasi extraneo in retractu territoriali praeferri voluit, sed non obtinuit, hoc casu eadem ratione rei judicatae exceptio aliis obesse non poterit.

§. 17. Gravior quaestio est de primogenitura, an sententia lata super primogenitura vel majoratu et bonis inde dependentibus noceat eis, qui post eum, qui hactenus in lite fuit, sed superatus est, ad illam primogenituram adspirare potest. Quidam ajunt, quidam negant. Qui negant, utuntur potissimum hac ratione, quod vocati ad primogenituram post obitum possessoris non accipiant bona majoratui vel primogenitura obnoxia tamquam haeredes, nec ex ejus persona aut jure beneficioque, sed proprio et a primo acquirente derivato jure. Qui itaque proprium et separatum, nec a jure victi dependens jus habeat, illius rei judicatae exceptio haud obesse posse videtur. Decius *in cons.* 445. Franc. Curtius *tr. de feud. part. sel. qu.* 9. Sed haec non obstante ratione gravissimi sane dd. affirmativam tuentur, inter quos eminent Didac. Covarruv. *tom.* 2. *pract. quaest. c.* 13. *n.* 6. Tiraquell. *de jure primog. c.* 35. *n.* 17. Carpz. *p.* 3. *decis.* 254. *n.* 15. et *p.* 1. *c.* 26. *def.* 16. *n.* 3. Hartmann. Pistor. *p.* 4. *qu.* 29. Brunnem. *ad l. ex contractu.* 44. *ff. de re judic. n.* 5. Molina *lib.* 4. *de primog. c.* 8. *n.* 3. Barbosa *in c.* 25. *x. de sent. et interloc. n.* 14. 15. Gonzalez Tellez *ad cit. c. n.* 1. qui potissimum se fundant in *cit. l.* 44. *de re judic.* ubi occurrit evidens exemplum rei judicatae, quae nocet tertio, licet proprio jure succedat, nec ab antecessore, qui condemnatus erat, jus suum habebat; scil. quia de ipsa re vel jure, quod eodem tertius possidebat modo, quo victus tertius, litem movebat, recte sententia de ipso jure contra contra legitimum contradictorem jam lata ei quoque obesse debebat. Sic quoque, quando cum possessore primogenitura vel majoratus actum, et is quidem victus sit, bonaque huic obnoxia restituere debuit, negari nequit, (*a*) cum legitimo contradictore esse eo tempore actum, (*b*) imo de ipso jure primogenitura judicatum esse. Et licet hi, qui post hunc possessorem ad illa bona essent vocati, jus suum a primo acquirente derivare vellent, tamen in ejus persona eadem qualitas, eadem ratio defendendi occurrit, quae in antecessore victo, quo casu per *d. l.* 4. res judicata aeque nocet his, qui idem jus de novo recoquere intendunt. Conf. Fab. *in c. lib.* 7. *tit.* 19. *def.* 4.

§. 18. Simile fere exemplum occurrit in materia feudali, ubi sententia contra vassallum lata dicitur etiam nocere domino feudi. Textus admodum perspicui sunt 2. *f.* 26. §. *si vassallus.* ubi feudista ita: *si vassallus de beneficio suo agat vel conveniatur, sive obtineat, sive non, licet ignorante domino fiat, omni tempore firmum erit illud judicium.* Et 2. *f.* 43. ubi ita: *si controversia inter vassallum et alium de beneficio fuerit, adversario proprietatem totius vel partem vel aliud aliquod jus* (veluti servitutem) *sibi vindicante, causa per vassallum etiam domino absente quasi propria ad finem perducatur, ipse enim solus utiliter agendi excipiendi habet potestatem, et si pro eo aut contra eum judicatum fuerit, vel cum adversario transegerit, dummodo fraudulenter actum non sit, etiamsi post beneficium domino aperiatur, tale erit, ac si eo causam agente judicatum fuisset, et ideo ab eo ratum haberi oportet.* Torserunt hi textus ingenia feudistarum adeo, ut Hottomannus non dubitaverit, hanc decisionem *deliriationem feudisticam intolerabilem* appellare, et profiteri, se ejusmodi, quod hic decidituir, assequi non posse. vid. Idem. *disp. de feud. c.* 39. *et ad tit. cit.* 43. Sed salva res est, si modo quae hic satis indefinite asserta sunt, paulo specialius definiantur et casus varii inter se distinguantur. Textus praecitati loquuntur potissimum de duobus casibus. Primus est, si vassallus agat contra possessorem beneficii, secundus, si conveniatur. In casu priori videndum, de qua re sit controversia. De tribus enim principaliter cum possessore potest disputari, (I.) an hoc feudum ad actorem Lucium, an vero reum possessorem Titium pertineat, utroque id ab eodem domino recognoscente; et sic qualitas feudalis non est in controversia, sed tantum dominium utile, atque hoc casu sententia pro possessore lata etiam proderit ei contra dominum, veluti si Lucio sine prole mascula decedente dominus ex postfacto feudum tale tamquam sibi apertum vindicare vellet, quasi Titius possessor nullum jus in feudo haberet, quod cum ipsi per rem judicatam contra Lucium assertum erit, contra dominum etiam proderit. Disputatum enim antea fuerat cum legitimo contradictore, et quidem de ipso jure dominii utilis, ubi solus Mevius actionem subire debebat, non dominus, vid. Rosenthal. *de feud. c.* 9. *membr.* 1. *concl.* 23. *n.* 3. et praeterea, si ageret contra praesentem possessorem, quasi feudum extincto Lucio esset caducum, ageret ex persona et jure vassalli victi Lucii, et sic eadem exceptio ipsi nocere deberet, quae noceret vassallo si de novo agere voluisset, et ad hunc casum respexisse videtur feudista in verbis: *etiamsi post feudum domino aperiatur.* Caspar Bitschius *ad* 2. *f.* 26. *c. si vassallus p.* 483. (II.) Controverti potest de ipsa qualitate feudali, veluti si possessor Lucius rem suam allodialem et liberam asserit, in quo casu, si actor succumbat, et postea absque mascula sobole moriatur, domino, quasi feudum sibi apertum vindicanti, obstabit itidem exceptio rei judicatae, qui et hoc quoque casu agere debet ex vassalli persona, quem casum rursus intellexisse videtur feudista, quo ipso tamen non impeditur dominus ex sua persona et proprio jure rem ab eo vindicare. Rosenthal. *cit. l. n.* 4. (III.) Disputari potest, a quo domino illud feudum recognoscendum sit, veluti si Titius actor feudum sibi vindicet, seque hoc a Cajo recognoscere asserat, Lucius vero possessor ideo ad se pertinere contendat, quoniam id a Sempronio recognosceret, quo casu si actor causa cadat, et postea dominus, feudo forsan aperto per mortem Lucii, id vindicare vellet a Lucio, gravio dubitatio exsurgit, an sic quoque Cajo domino obesse possit exceptio rei judicatae? Revera enim hic non de nudo jure ipsorum vassallorum, sed etiam de jure dominii directi actum. Videtur itaque, hoc casu commode applicari posse decisum Jcti *in l. saepe* 63. *ff. de re judic.* ubi ita sit: *scientibus sententia, quae inter alios acta est, obest, cum quis de ea re, cujus actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur.* Subsumo, atqui defensio ejus quaestionis, utrum feudum hoc a Cajo, an vero Sempronio esset recognoscendum, primo et principaliter ipsi domino Cajo competit, atque adeo, si litem scivit et eam a vassallo agi passus est, sibi ipsi

praejudicat, quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis vassalli habebat, judicatum, et sic potuisset et debuisset dominus intervenire vel desuper protestari.

§. 19. Aliter casus est, si vassallus possessor conveniatur et in lite succumbat, tum itidem varii casus distinguendi sunt (I.) si extraneus servitutem sibi in feudo asserat et obtineat, tunc haec sententia pro servitute proderit domino praedii dominantis, etiam contra ipsum dominum feudi. Illustr. dn. Praes. *in exam. jur. feud. c.* 10. *qu.* 7. Struv. *synt. jur. feud. c.* 12. *aph.* 8. *n.* 3. quia etiam hic cum legitimo contradictore actum fuit, cum vassallus hanc actionem solus utiliter suscipere potuerit, ut dicitur 2. *f.* 43. (II.) Disputari etiam eodem modo, uti in *priori* §. dictum est, de tribus ibidem adductis quaestionibus potest, et eodem fere modo distinguendum, uti antea factum, ut ita non necesse sit, rem eamdem repetere. Rosenthal. *de feud. cit. l. n.* 7. *seqq.* Illud sane constat, sententiam inter duos de dominio directo contendentes latam etiam vassallos stringere, et quidem per consequentiam, quoniam hic actio, inter tales agitata fuit, cujus defensio principaliter ad eos spectabat, Rosenthal. *de feud. c.* 9. *m.* 1. *concl.* 24.

§. 20. Diversam esse volunt rationem subjectorum, asserentes, non praejudicare rem judicatam vero domino, si vel maxime, eo sciente, alius contra eos obtinuerit, et ratione subjectionis pro ipso pronunciatum fuerit, id quod communiter probant *per c. cum super* 17. *x. de sent. et re judic.* ibique Innocentius et Gonzalez Tellez *n.* 5. add. Udalricus Zasius *ad l. saepe* 63. *ff. de re judic. n.* 39. Gail. 1. *obs.* 70. *n. f.* De quo ut constet, speciem facti in *cit. c.* contentam referre lubet. Episcopus auriensis ad synodum vocaverat abbatem monasterii cellae novae, et illum accedere recusantem excommunicaverat, a qua sententia cum abbas appellasset ad Innocentium III. causam hanc committebat certis praelatis, cujus commissionis literae extant *in c.* 8. *de relig. dom.* Denuo aliis eadem causa committebatur, ubi cum episcopus auriensis obtinuisset, quod abbas cellae novae ipsi esset subjectus, episcopus ovetensis intervenit, asserens, sibi monasterium subesse, quo facto rescribit pontifex in *c.* 17. *de sent. et re jud.* si non aperta sint jura episcopi ovetensis, posse executioni demandari sententiam absque praejudicio illius, addita ratione, *cum res inter alios actae non noceant regulariter aliis:* ex quo concludunt praedicti dd. rem judicatam pro statu subjectionis latam praejudicare tertio quidem quoad *possessionem*, sed non quoad *proprietatem*, licet vel maxime sciverit, controversiam inter alios agitari. Verum etiam hic diversae quaestiones sunt seperandae. Primo certum est, sententiam pro subjectione latam alii non praejudicare, qui aeque principale et diversum jus a jure victoris habet, uti hoc casu episcopus ovetensis habebat. Et ita quoque, si nobilis meos proprios homines sibi vindicet et obtineat contra eos, itidem mihi, qui meos eosdem esse assero, non praejudicabitur, si vel maxime litem sciverim, ut sit Zas. *cit. l. n.* 38. nisi quoad possessionem. Simile supra vidimus in statu libertatis, si enim vel maxime quis servum vindicaverit et obtinuerit, tamen alii servum vindicanti nullum inde creatur praejudicium. Rationem diversitatis vero inter dominum feudi et talem dominum, qui ratione subjectionis agit, hanc adstruit Rosenthal. *de feud. c.* 9. *c.* 23. *n.* 27. *seqq.* quod vassallus a domino feudum habeat, de cujus dominio directo quaestio principaliter ad dominum spectat, atque adeo ipsi incumbebat defensio, ubi sciebat, litem de illo agi inter suum vassallum et alium, et ita non tam de statu personae hic agitur, sed de jure in re ad alium spectante, in quo qui *sequentem* agere scienter permittit, ut dicitur in *l.* 63. *de re judic.* sibi utique praejudicat. Ast in praesenti casu nuda subjectionis quaestio peragitur et de solo statu personarum controvertitur, ubi subditus nihil a domino, super quo pronunciatur, habet, nec tertii jus a jure vincentis dependet, sed utrique principaliter defensio hujus quaestionis competit, consequenter res judicata alii, qui aeque jus principale ratione subjectionis praetendit, non praejudicat. Diversa est quaestio, annon res judicata ratione status subjectionis vincenti prosit contra alios, qui non dominium aeque praetendunt, sed ubi alia ratione haec quaestio in disceptationem venit. Ponamus abbatem cellae novae alienasse bona ecclesiastica absque consensu episcopi, pro cujus jure in illud monasterium erat pronunciatum, deinde bona haec revocari a possessore, hunc vero opponere, episcopo huic monasterium non subesse, contra hunc certe res judicata jus faciet. Idem judicium esto de similibus casibus.

§. 21. Sed huic decisioni graviter obstare videtur, quod Jctus *in l.* 63. *ff. de sent. et re judic.* addit. *Nam*, ait, *et si libertus meus, me interveniente, servus vel libertus alterius judicetur, mihi praejudicatur.* Hic evidenter agitur de statu personae, et vero domino scienti per rem judicatam praejudicari asseritur, id quod prioribus contrariari videtur. Certe non defuerunt, qui inde concludere voluerunt, sententiam latam contra libertum vel servum praejudicare patrono scienti, litem talem persqi. vid. dd. apud Alex. *ad cit. l.* 63. *n.* 90. et Covarruv. *pract. quaest. c.* 13. *n.* 8. *in f.* Ast enim vero non sine ratione Covarruvias *cit. l. n.* 9. ab hac interpretatione recedit, concludens, sententiam latam contra libertum super servitute vel libertate non nocere ipsi patrono, etiam scienti, neque enim hic suum jus a jure vincentis deducit, et ex postfacto apparet, cum legitimo contradictore non fuisse actum, quod tamen requiritur *in l.* 2. *de collus. deteg.* Neque hic obstat allegata *l.* 63. quae aperte loquitur de tali controversia, quae inter libertum et tertium super statu acta est, *interveniente vero patrono*, h. e. ubi ipse liti intererat, et libertum defenderat contra tertium, et tamquam interveniens jus suum simul in judicium deduxerat, ita ut simul quoque super ejus jure principaliter judicatum fuerit, qua supposita circumstantia, merito ei oberit res judicata. Et diversa utique sunt, *interveniente* vero patrono sententiam esse latam, et eo tantum *sciente*, sed jus suum non allegante, esse pronunciatum. Et huc pertinent verba ultima dictae legis 63. *de re judic.* ubi Jctus ita: *diversa causa est, si fundum a te Titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona Titii ad me pertinere dico, nam quamvis contra Titium, me sciente, judicatum sit, nullum tamen praejudicium patior, quia neque ex eo jure, quo Titius victus est, vindico, neque potui Titio intercedere, quo minus jure suo utatur.* Quae rationes aeque ad hunc casum applicari debent. Neque enim patronus, si non intervenerit, sed tantum litem agi sciverit, ex eo jure, quo servus vel libertus victus est, servum vindicat,

neque huic potuit intercedere, quo minus jure suo uteretur. Conf. Zas. *ad cit. l. n.* 37.

§. 22. Sed haec quidem circa statum personae sufficiant. Devenio nunc ad jura rerum, ubi itidem saepe contingit, rem judicatam jus facere inter alios, quam qui in lite fuere, et quidem potissimum (I.) *inter illos, qui ab eo, qui victus est, causam habent suam.* Si enim ex postfacto apparet, eum, qui superatus est, jure destitui, nec hi jus allegare possunt, quod totum, quantum est, a jure victi dependet, unde necessario his quoque res judicata nocere debet, et cum idem jus cum victo habeant, non adeo pro *aliis* et diversis haberi possunt. Res manifesta redditur in persona haeredis, a cujus jure multorum aliorum petitiones dependent. Quodsi enim testamentum impugnatur, haeres utique est legitimus contradictor in hac causa, eoque victo, caeterorum quoque jura evanescunt, quae ex testamento proveniunt. Sic itaque sententia contra haeredem lata praejudicat legatariis, cum legata aliter valere non possint, quam si testamentum ratum esse constet, ut dicitur *in l.* 3. *pr. ff. de pignor.* modo testamentum in totum sit nullum, nam ex causa praeteritionis vel exhaeredationis iniquae rescissum subsistit quoad legata, jure valde singulari. *auth. ex causa c. de liber. et posth.* quod jure antiquo aliter longe se habebat, ubi sententia contra filium in causa inofficiosi testamenti lata legatariis omnibus praejudicabat. *l. Papinianus* 8. §. 16. *de inoffic. testam.* Supponuntur tamen hic sequentia: (a) *modo a legatariis provocatum non fuerit l. cit.* 8. §. 16. posse enim legatarios in tali causa, ubi sententia contra haeredem lata est, appellare, expediti juris est. *l.* 8. §. 1. *l.* 14. *pr. ff. de appell. l.* 29. *c. de inoffic. test.* (b.) *modo bona fide ab haerede actum sit:* quod si itaque perlusorio judicio actum fuerit adversus testamentum in necem legatariorum, res judicata illis non praejudicat. *l.* 14. *pr. ff. de appell.* ibique Brunnem. *n.* 1. *l. si servus* 50. §. 1. *de legat.* 1. Carpz *p.* 1. *c.* 25. *def.* 17. *n. f.* (c) *modo haeres sit victus propterea, quod testamentum valere non potuerit.* Quodsi autem haeres contumax fuerit, et sic contra eum in contumaciam pronunciatum fuerit, sententia haec aliis quam haeredi nocere nequit. *l.* 17. *in f. ff. de inoff. testam. cit. l.* 50. (d) *modo cum legitimo contradictore actum sit*, qualis hic est unice haeres, illi enim convenit, de jure testamenti disputare. Ex hoc fluit decisio *l.* 1. *ff. de except. rei judic.* Ubi Ulpianus ita: *cum res inter alios judicatae nullum aliis praejudicium faciant, ex eo testamento, ubi libertas data est, vel legatum, agi potest, licet ruptum vel irritum aut non justum dicatur testamentum, nec si superatus fuerit legatarius, praejudicium libertati fit.* Sed casus est talis: legatarius Titius egit contra haeredem ad legatum praestandum; tunc reus excipit, testamentum esse ruptum vel nullum, et sic non debere legatum. Absoluto postea haerede, alius legatarius agit, quaestio est, an ipsi obstet exceptio rei judicatae? quod hic negatur. Aliud enim est, ubi ipse haeres scriptus de jure testamenti egit, et victus est, sic enim sententia legatariis quoque nocere debet, quia haeres fuit principalis contradictor in causa testamenti, *l.* 8. §. 13. *ff. de inoff. testam.* et aliud, si legatarius egit, et contra validitatem testamenti pronunciandum sit, cujus principaliter et primario hic non interfuit, cum totum negotium, quod agitur testamenti ordinandi causa, sit inter testatorem et haeredem. §. 10. 1. *de testam. ordin.* non vero primario inter legatarium et testatorem. Dn. Joh. Sam. Stryk. *in not. ad n. f. eod.* conf. Brunnem. *in not. ad l. cit.* 8. §. *pen. de inoff. testam. n.* 40. Alexander *in l. saepe* 63. *ff. de re judicata n.* 30. Cujacius *in l.* 50. §. 1. *de legat.* 1. Accedit, quod legatarii alterius jus non dependeat ex jure alterius legatarii victi, uti quidem legatariorum jus dependet ex jure haeredis, sed quod legatarius aeque principale et separatum jus habuerit, ac quidem victus, ubi res judicata non nocet. *l. f. c. quibus res judic. non nocet.* Denique (e) *modo haeres per incuriam judicis victus non fuerit*, alioquin enim legatarii jus salvum esse videtur. Atque huc commode referri potest *l. statu liber.* 29. §. 1. *ff. de statu liber.* ubi non obscure asseritur, sententiam per incuriam judicis latam aeque aliis non nocere.

§. 23. Ex iisdem fundamentis nunc porro deduco, sententiam contra haeredem latam, effectum suum etiam exserere contra substitutum, quippe qui jus suum ab haerede habet, et si huic jus abjudicatum est, nec substitutus potest jus aliquod habere. Quid enim si pupillus egit ex contractu paterno, et non obtinuit, postea pupillus abstinuit bonis paternis, et sic bona ad substitutum pervenerunt, haec sententia victori quoque proderit contra substitutum, *l. ex contractu* 44. *de sent. et interl.* actum enim hic quoque est cum legitimo haerede, cujus primo loco intererat. *l.* 1. §. 14. *de inspic. ventre.* Porro praejudicat fideicommissariis, si scil. ante restitutionem sententia contra fideicommissarium fuerit lata, quia hac ratione fiduciarius legitimus fuit contradictor. *l. si patroni* 55. §. 5 *ff. ad sctum Trebell.* Aliud est, si fiduciarius semel restituit haereditatem et postea de haereditate controversiam passus victusque sit, haec sane fideicommissario non praejudicat, uti apparet *ex l. fuctu* 63. §. 2. *ff. ad sct. Trebell.* merito enim hic litigandum fuerat cum fideicommissario, qui demum legitimus contradictor hic fuit. conf. Peregrin. *de fideic. art.* 53. *n.* 46. *seqq.* Diversa plane est ratio cohaeredum, quorum neuter ab altero jus suum habet, et sic alter alteri nequidem scienti praejudicat, si vel maxime alter condemnatus sit, nam alteri integra defensio est, etiamsi cum haerede suo agi sciverit, ut sit Jctus *in l. saepe* 63. *pr. ff. de re judic.* Udalricus Zasius *ad cit. l. n.* 17. Neque obstat, quod uterque idem jus habeat, inter eos divisum, ab uno tamen fonte promanans, et propterea etiam cohaeres appellare possit, nam negari quidem nequit, aliquod praejudicium cohaeredis concurrere, cum ita is, qui contra cohaeredem vicit, eo facilius possit obtinere contra alterum cohaeredem; interim tamen rei judicatae effectus non statim in cohaeredem se exserit, cum saepe contingere possit, ut alter haeredem vincat, alter succumbat in eadem causa. *l.* 15. §. 2. *de inoff. testam.* Ex accidenti tamen accidere potest, ut etiam sententia contra cohaeredem lata cohaeredi praejudicet, quando videlicet res, de qua lis fuit, est individua, cujus nomine cum singulis cohaeredibus recte in solidum agitur, cum divisionem non recipiat. Zasius *cit. l. n.* 20. Idem dici posset, si cohaeres reapse intervenisset, sic enim dici non posset, litem omnino inter alios actam fuisse. Faber *in c. lib.* 7. *tit.* 19. *def.* 4. *n.* 9. Et huc forsan referri potest decisio Fabri *cit. l.* plenissime disputata,

quae absque hac circumstantia dubia maxime videbatur. Casus erat talis: Lucius testator instituerat Cajum haeredem, et fideicommisso eum obstrinxerat, ut haereditatem resti ueret proximioribus, non expresso eo, an de proximioribus suis sentiret, an de iis, qui haeredi essent proximiores. Mortuo Cajo controversia desuper oriebatur inter Sempronium Caji haeredem, et Titium ex familia testatoris ortum, qua controversia pendente, interveniebat Mevius, qui se ratione Sempronii proximiorem esse dicebat, solumque invitatum ad fideicommissum, de quo cum disceptaretur (nam de proximitate non constabat) interim pronunciatur pro Titio, tamquam proximiore nomine testatoris. Cum post multos annos Mevius idem fideicommissum peteret a Titio ex iisdem verbis testamenti, quaestio fuit mota, an exceptione rei judicatae, esset repellendus? Quod affirmative decidit praelaudatus Faber, nam quamvis magis contra Sempronium, quam Mevium pronunciatum fuerat, tamen quia hic eo tempore liti adfuerat, et ex eodem prorsus et omnimoda causa intervenerat, et ita praesente eo judicatum erat, dici non poterat, litem inter alias personas actam fuisse. Eo ipso enim, quo contra Sempronium pronunciabatur, non poterat non per indirectum pronunciari contra Mevium, qui tantum se hujus intuitu proximiorem dicebat, quod si vel maxime tunc probasset, tamen vincere non potuisset. Quodsi priori liti Mevius non intervenisset, recte animadvertit Faber *cit. l. n.* 27. non aeque eidem potuisse nocere rei judicatae exceptionem, nisi quod per indirectum, interpretatione verborum semel pro Titio facta, haud meliorem expectare potuisset sententiam, ut tamen interim audiendus fuisset, si forsan nova argumenta, quibus de voluntate testatoris melius constare potuisset, adferre licuisset.

§. 24. Pergo (II.) ad novum fundamentum, ex quo res judicata etiam inter alios jus facit, quod Jctus suppeditat *in l. saepe* 63. *ff. de re jud.* et pontifex confirmat *in c.* 25. *x. de sent. et re judic.* scilicet, *cum quis de ea re, cujus actio vel defensio primum* (principaliter) *sibi competit, sequentem agere patitur.* Subjungit Jctus statim exemplum, *veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris*; ubi circa lectionem notandum est, in quibusdam editionibus aliter legi. Florentina enim editio habet, quod *creditor passus sit debitorem defendere dominium*, quam retinuit Gothofredus, et comprobant Basilica vid. Cujac. 12. *obs.* 25. Vulgata autem contra habet, *si debitor passus sit, creditorem experiri.* Utrumque tamen suo modo retineri posse docet Brunnem. *in proces. civ. c.* 27. *n.* 74. quamvis vulgata merito praeferenda, et quidem recte. Quodsi tamen manemus in lectione illa, quam attuli, et datum fundamentum inde illustremus, casus talis supponi deberet: Lucius hypothecae nomine subjecit Marco fundum Tusculanum, quem cum Sempronius tertius possideret, poterat hunc quidem actione hypothecaria persequi creditor contra tertium, sed passus est debitorem de proprietate contra tertium experiri, sed nihil obtinuit, cum non posset probare dominium, postea hypothecaria agit Marcus contra Sempronium, qui statim exceptionem rei judicatae opponit, qua repellitur creditor, cum enim causam suam habeat a debitore, et permiserit, eum experiri de proprietate, praesumitur sua voluntate hoc esse factum. Equidem *in l.* 3. *ff. de pign.* contrarium decidere videtur Jctus: *si superatus sit debitor, qui rem suam vindicabat, quod suum non probaret, aeque servanda erit creditori actio serviana, pignoris rem in bonis illius eo tempore, quo pignus contraheretur, fuisse. Sed et si victus sit debitor vindicans haereditatem, judex actionis Servianae, neglecta de haereditate dicta sententia, pignoris causam inspicere debebit.* Certe idem quidem casus in adducto textu occurrit, sed Jctus non determinat, an creditore *sciente*, an vero *ignorante* debitor egerit, in quo tamen momentum decisionis Jctus *in l.* 63. *ff. de re judic.* posuit. Unde recte interpretes hunc legem accipiunt de creditore ignorante, in quem ratio decidendi *cit. l.* 33. haud quadrat. Dionys. Gothofr. *in not. ad cit. l.* 3. *lit. b.* Udalricus Zasius *ad l.* 63. *de re judic. n.* 24. In similem sensum fere capi potest: *l. si mater* 11. §. *f. ff. de excep. rei jud.* ex qua sequens casus formari potest: Titius hypothecae nomine obligaverat fundum Seji, quem a Lucio possessore petierat, deinde Sejus hypothecaria (quae in *l. ult. pignoratitia* dicitur) adversus Lucium possessorem utebatur, quaeritur quid juris? Distinguit Jctus duos casus, et attendendum esse judicat, quando hypothecae supposuerit Titius fundum (1), si quidem antequam peteret, hoc fecerit, non oportet ei nocere exceptio rei judicatae, *nam*, inquit Jctus, *et ille petere debuit et ego talem habere debeo pignoratitiam actionem.* Scilicet rursus eo sensu, quo *legem tertiam de pignor.* explicui, si ignorante creditore agit, si enim sciente et permittente, obstaret utique eidem exceptio rei judicatae secundum *l.* 63. *de re jud.* (11). Si vero antea egit et nihil obtinuit, et postea hypothecae supposuit, *magis est*, dicit Jctus, *ut noceat* (*creditori*) *exceptio rei judicatae.* Antea enim actum fuerat cum legitimo contradictore, a quo postea creditor causam suam accepit, quasi ordinarie, ut supra fusius dictum est, obstat exceptio rei judicatae. Ex eodem fundamento supra §. 18. ostendi, qua ratione domino feudi patienti, vasallum agere de jure dominii directi, possit nocere exceptio rei judicatae, quod et ad alios simile jus in re habentes extendi potest. Zas. *cit. l. n.* 27. Reliqua exempla *in l.* 68. *de re judicat* de marito et venditore rectius reservantur in caput sequens, ex quibus doctrina de executione contra tertium facienda illustrari optime potest.

§. 25. Porro (III.) contra alios quoque sententia prodest, *si sententia per necessariam consequentiam sit juris alium alterius exclusiva.* Sic enim tertio quoque nocere debet. Exemplum adduci potest ex *l.* 1. §. *f. ff. de carbon. edict.* quando se. mater subjecti partus arguitur, ubi primo quaeritur, an propter statum pueri quaestio differenda sit? Quod negatur, quia principaliter hic mater res postulatur, et sic recenti tempore, h. e. de praesenti, potest cognitio fieri, et porro Jctus subjicit: *et post eventum cognitionis, si suppositum partum apparuerit, actiones haereditariae puero denegandae sunt, omniaque perinde habenda, atque si haeres scriptus non fuisset.* Revera enim ex errore scriptus a patre putativo haeres, qui, si partum suppositum esse cognovisset, nunquam eum scripsisset haeredem. Neque obstat, quod sententia principaliter contra matrem lata. Nam cum ipsa de crimine suppositi partus satis convicta sit necessario haec sententia est exclusiva juris ipsius pueri; cum nullum jus possit

habere, ubi constat per sententiam et rem judicatam, eum esse suppositum.

§. 26. Ex hisce nunc praemissis facile colligi potest, quid judicandum sit de quaestione quam Bernhard. Wurmser. *pract. obs. lib.* 1. *tit.* 14. proponit: an judex per sententiam a se latam sibi ipsi praejudicet? Id quod negat ex hac ratione, quod judex in judicando et sententiando publicam agat personam, teneaturque sententiam ferre in causa, in qua cognovit, et inde ratione officii excusetur, quod nemini officium suum debeat esse damnosum. *l.* 30. §. 1. *ff. de inoff. testam.* quamvis si totus esse velit, judex jus suum sibi reservet. Verum haec sola ratio non videtur sufficere, ut judici non possit exceptio rei judicatae opponi. Aut enim itidem eidem primum et principaliter actio competiit, et sic sequentem agere passus est, quem tamen excludere potuisset, instituta loco competente actione contra reum, sic merito quoque eidem obstabit exceptio rei judicatae: quamvis enim judicare hic quidem debuerit, non tamen plane prohibitus fuit excludere eum, quem sequentem agere passus est: aut vero sententia contra eum lata est, qui justus fuit contradictor, et e quo judex ipse causam habuit, et hoc casu itidem non video, qua ratione evitare postea exceptionem rei judicatae velit, cum de jure, ex quo agere de novo vult, jam satis judicatum sit.

§. 27. Tandem devenio ad criminalia, ubi itidem dd. communiter asserunt, quod sententia lata pro reo in criminalibus faciat jus quoad omnes in tantum, ut de tali crimine non possit amplius in perpetuum accusari. Udalricus Zasius *ad l. saepe* 63. *ff. de re judic. n.* 77. Jul. Clarus *lib.* 5. §. *f. qu.* 57. Didac. Covarruv. *lib.* 2. *var. resol. c.* 10. Nicolaus Boerius *decis.* 289. *n.* 9. Carpzov. *prax. crim. qu.* 104. *n.* 58. *seqq.* Joh. Baptista Bajard. *in addit. ad Jul. Clar. cit. l.* Decian. *tom.* 1. *crimin. lib.* 3. *c.* 30. Farinac. *crim. quaest.* 4. quam sententiam communiter probant ex *l. si cui.* 7. §. 2. *ff. de accus. l.* 4. §. *f. d. adult.* ubi Jctus ita ait: *iisdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eumdem accusari*, sicuti etiam, qui de crimine publico in accusationem jam deductus erat, ab alio super eodem crimine deferri non poterat. *l.* 9 *c. de accus.* Huc etiam respicere videtur *l.* 6. *ff. de sepulchro viol. l.* 3. *ff. de popul. act.* Confirmat id ipsum quoque jus canonicum *in c.* 6. *x. de accus.* ubi ita: *de iis criminibus, de quibus absolutus est accusatus, non potest accusatio replicari.* Cujus decisionis ratio potissimum haec videtur esse, quod in criminibus publicis quilibet ex populo sit legitimus accusator, et quia ita cum legitimo accusatore semel actum est, sententia pro accusato lata prodest eidem contra omnes, quod non tantum locum habet, ubi per viam accusationis, sed etiam inquisitionis in judicio reus absolutus est, quia sic quoque cum legitimo contradictore actum censeri debet, Jul. Clar. *cit. l. num.* 7. ibique Bajard. *n.* 11. Covarruv. *cit. l. n.* 5. quod adeo procedit, ut si vel maxime alias inter plures de populo is praeferatur, qui suam suorumque injuriam prosequitur, cum habeat peculiare et diversum interesse, hac tamen casu accusationem ab alio jam peractam non possit facile revocare: addit enim Jctus in *l.* 7. §. 2. *ff. de accusat. Et putem, quoniam res inter alios judicatae alii non praejudicant, si is, qui nunc accusator extitit, suum dolorem prosequatur, docentque ignorasse se accusationem ab alio institutam, magna ex causa admitti eum ad accusationem debere.* Regulariter itaque non amplius admittendus erit, nisi tales peculiares concurrant circumstantiae, quae moveant judicem, ut admitti debeat. Illustrat hoc Ulpianus in *l.* 4. §. *f. ff. ad l. jul. de adult.* exemplo adulterii, ubi ita: *si accusatione instituta absoluta sit mulier, extraneo accusante, tamen marito debet permitti restaurare accusationem, si idoneas causas allegare possit, quibus impeditus non instituit accusationem.* Probanda itaque est ignorantia hoc in casu per juramentum, et quia magna causa requiritur, ut de novo talis accusatio restauretur, probabilis et justa ignorantia merito esse debet, de qua arbitrabiter judex. Jul. Clar. *cit. l. n.* 4. Covarruv. *cit. l. n.* 1.

§. 28. Sed vero ut sententia pro accusato vel inquisito lata hunc effectum habeat, sequentia erunt observanda requisita. (I.) *ut reus fuerit absolutus a tota inquisitione, seu accusatione et sic definitive*, quia sic demum super ipso crimine cognitum fuit, et nihilominus innocens repertus. Aliud itaque est, si tantum absolutus sit ab instantia, veluti quod non idoneae contra eum essent indicia, vel accusator nolebat cautionem praestare, vel non habebat personam standi in judicio. *l.* 3. §. 1. *ff. de accus.* talis enim sententia nequidem in civilibus operatur rei judicatae exceptionem, atque hinc etiam pronunciari solet, *dass noch zur Zeit wider inquisiten nichts weiter vorzunehmen*, quo ipso non plane innocens judicatur, sed tantum ostenditur, indicia ad inquisitionem debitam deficere. Jul. Clar. *lib.* 5. §. *fin. n.* 3. Covarruv. *lib.* 2. *var. resol. c.* 10. *n.* 1. Gonzalez Tellez. *ad c.* 6. *x. de accus. n.* 7. (II.) *Et quidem absque omni fraude et praevaricatione*; haec enim probata, si scil. accusator cum accusato colluserit, tunc accusatio ab aliis repeti potest. *l.* 3. *ff. de praevaric. l. eum qui juravit.* §. 3. *ff. de jurejur.* Covarruv. *cit. l.* Gonzal. *cit. l.* Jul. Clar. *cit. l. n.* 5. Idem dicendum est, si judex non debite processit, sed mere inquisito gratificatus est, adeoque vel ex gratia vel accepta pecunia absolvit reum. Joh. Baptista Bajard. *ad Clar. cit. l. n.* 17. (III.) Et quidem absolvi debet *sententia judicis.* Si enim accusatio per transactionem est sopita, quod aliquando licite fieri potest. *l.* 18. *c. de transact.* inde alii nullum oritur praejudicium. Covarruv. *cit. l. n.* 5. (IV.) *ut antea actum fuerit criminaliter contra eum, qui absolutus est:* Nam ex multis delictis etiam civiliter agi posse expediti juris est, hoc itaque facto, et reo absoluto, criminalis accusatio licite adhuc intentatur, nec res judicata in causa civili praejudicat causis criminalibus, quod satis clare apparet *ex l. un. c. quand. civilis actio criminali praejudicet*, ubi praemittitur haec regula: *quoties de re familiari et civilis et criminalis competit actio, utraque licere experiri, sive prius criminalis sive civilis actio moveatur, nec si civiliter fuerit actum, criminalis consumatur*, nisi forsan utraque actio et civilis et criminalis ad vindictam publicam tendat, et neutra rem familiarem persequetur, quod tamen in praedicta regula supponitur, uti est actio injuriarum. Gail. 1. *obs.* 65. *n.* 3. et hac ratione sententia in actione civili pro reo lata prodest etiam contra eum, qui criminalem accusationem de eodem crimine intentare voluit. Brunnemann. *ad cit. l. n.* 5. (V.) Addunt

etiam hoc requisitum, *ut coram eodem judicio denuo agatur.* Dantur enim (*a*) crimina mixti fori, quae a judice ecclesiastico et seculari possunt vindicari, et in hoc casu concludunt, quod absolutus in foro ecclesiastico de novo possit accusari in foro seculari. Jul. Clar. *cit. l. n.* 14. Covarruv. *cit. l. n.* 6. Sed non adeo ipse Covarruvias confidit huic opinioni, cum alioquin absolutus parum sua absolutione gauderet, adeoque puto in hoc quoque casu rei judicatae exceptione eum tutum esse. (*b*) Sic etiam potest saepe de uno delicto in diversis foris secularibus agi. Vid. *l.* 2. *c. ubi de crim.* qui ergo accusatus in foro delicti esset absolutus, an possit rursus in foro domicilii in inquisitionem deduci? quod affirmat. Jul. Clar. *cit. l. n.* 13. saltim de consuetudine, nisi forsan isti duo judices essent sub eodem superiori. Sed impugnat hanc consuetudinem merito. Farinac. *quaest. crim.* 7. *n.* 26. *vers. sed tertia.* Distinguit vero Bajard. *ad Jul. Clar. cit. l. n.* 27. utrum sit absolutus, an punitus. Hoc casu non potest de novo contra eum in alio foro inquiri, quia duplici ita poena afficeretur, bene tamen illo. Sed tamen adhuc valde obstat, quid in ejusmodi casibus concurrens sit jurisdictio, adeoque qui semel de crimine cognovit, alterum legitime exclusit seu praevenit. Et revera tolleretur effectus omnis rei judicatae, nisi etiam vim suam extenderet in aliorum territoria.

CAPUT II.

De executione judicati contra tertium.

SUMMARIA

Connexio. §. 1.
Executionis natura explicatur. §. 2.
Monitorium praecedit. §. 3.
An exceptiones contra executionem opponi possint? ibid.
Quomodo sententia deducatur in effectum? §. 4.
Executio tantum datur contra eum, qui in lite succumbit, §. 5.
Non contra tertium. ibid.
Conclusiones inde deductae. ibid.
Aliquando contra tertium fit executio. §. 6.
Si sequentem agere permisit. ibid.
Exemplum de creditore, qui patitur debitorem agere. ibid.
An hic litis denunciatio sit necessaria? ibid.
Extensio hujus casus ad similes personas. §. 7.
An usufructuario noceat sententia contra proprietarium? ibid.
An litis denunciatio hic sit necessaria? ibid.
Agente uxore de proprietate dotis executio fit contra maritum. §. 8.
Condemnato venditore executio fieri potest contra emptorem. §. 9.
Condemnato haerede executio fieri potest contra fideicommissarium. ibid.
Ut et contra emptorem haereditatis. ibid.
Condemnato cedente executio fit contra cessionarium. ibid.
Quatenus executio contra praedictas personas faciendа? §. 10.
Dubium aliud resolvitur. §. 11.
Potest etiam fieri executio contra successorem singularem. §. 12.
Quando condemnato marito executio possit fieri contra uxorem? §. 13.
Quid si sententia in genere fuerit concepta contra possidentem? §. 14.
Si pendente lite vel alias in fraudem res alienata sit. §. 15.
An scientia rei litigiosae in possessore requiratur? §. 16.
Quid si in fraudem creditorum facta sit alienatio? §. 17.
Si sententia lata fuerit in rem ipsum. §. 18.
Exempla. ibid.
Ob pactum datur executio contra tertium possessorem. §. 19.
Quo effectu his in casibus executive agatur? §. 20.
Aliquando tamen lis ex accidenti de novo incipere potest. §. 21.
Quomodo contra debitoris debitorem executio facienda? §. 22.
An tertius in ipsa executione adhuc possit opponere exceptiones a condemnato omissas? §. 23.

§. 1. In *cap. antecedenti* potissimum explanata sunt jura, quibus sententia absolutoria, aliquando etiam condemnatoria facit jus quoad omnes, ita ut cuicumque genti, suppositis illis circumstantiis, quae ibi sunt propositae, haec exceptio possit opponi. Verum sicuti sententia non tantum hunc effectum sortitur, ut pro quo sententia lata est, tutus sit contra actorem, aliquando contra omnes, sed etiam ut peculiariter executioni contra invitum detur, et ita victori ab altero praestetur, quod per victoriam obtinuit. *l.* 21. *c. de exec. rei judic.* ita quoque peculiariter nunc inquirendum, an etiam et quatenus res judicata inter alios lata possit executioni dari contra tertium, qui non fuit in lite, ubi adhuc majus impedimentum sese sistere videtur. Tunc autem imprimis de executione faciendа quaestio exsurgit, quoties reus condemnatus est ad praestandum victori; sententiae enim absolutoriae secum executionem trahunt absque facto judicis, quod ordinarie in executione requiritur. Gail. 1. *obs.* 113. *num.* 18.

§. 2. Ut autem de executione rei judicatae contra tertium eo rectius constare possit, binis verbis de natura executionis quaedam praemittenda sunt. Scilicet executio est actus judicialis, per quem sententia condemnatoria contra reum invitum, qui sententiae satisfacere recusat, in effectum deducitur. Requiritur ergo (I.) *factum judicis* et hoc intuitu est actus mixti imperii, neque eam judex declinare potest, si debite imploratus fuit, alioquin ad interesse tenetur, Carpz. *in process. tit.* 25. *art.* 1. *n.* 25. Neque vero privatis concedendum est, ut tenorem sententiae exequantur, cum in hunc finem sint constituta judicia, ne quis sibi ipsi jus dicat, et ita occasio tumultibus detur. *l.* 176. *ff. de r. jur.* Et quidem judex *competens* intelligitur, Berlich. *p.* 1. *concl.* 79. *n.* 5. *seqq.*

quia incompetentis judicis executio pro mero spolio habetur. Kloch. *vol.* 2. *cons.* 99. *n.* 47. Competens autem judex ratione executionis est vel mediate vel immediate. Hoc casu ipse sententiam exequitur; illo vero, si bona in eodem territorio sita reperiantur, sed sub judice inferiore, judex superior mandata executorialia ad judicem inferiorem decernit. *l.* 15. §. 1. *ff. de re judic.* et sic inferior sine alia causae cognitione executionem facit, Gail. *lib.* 1. *obs.* 130. *n.* 13. *seq.* Quodsi vero res, in quas executio facienda in alieno territorio sita est, in subsidium juris implorandus est judex illius loci pro faciendo, executione. *l.* 13. §. 3. *c. de judic. nov.* 17. *c.* 14. Berlich. *part.* 1. *concl.* 79. *n.* 12. Gail. 1. *obs.* 113. *n.* 16.

§. 3. Procedit vero judex ad executionem non aliter, quam si praeceptum monitorium de solvendo vel praestando judicato praecesserit Carpz. *p.* 1. *c.* 32. *def.* 3. *n.* 1. Faber. *in cod. lib.* 7. *tit.* 20. *def.* 27. et haec est quasi loco citationis, absque qua judex ad executionem procedere minime debet, Dn. Praes. *in not. ad Brunnem. jus eccles. lib.* 3. *cap. ult.* §. 6. non quod novus processus super executione institui debeat, sed ut saltim sciat et compertum habeat, contra se procedendum esse mediis executivis, ni satisfaciat. De jure Romano certum est, ex re judicata competisse actionem judicati, quae personalis fuit, orta ex quasi contractu, seu litis contestatione, et hanc subsecuta condemnatione, atque hinc dubium non est, quin separato processu ad executionem deveniri debuerit. Judices enim pedanei in foro Romano ferebant quidem sententias, sed quia tantum notionem habebant, ipsimet sententias a se latas exequi non poterant, sed magistratus actione judicati eo nomine imploran'us erat. Verum cum jam magistratus ipsemet jus dicat, et sententiam suam etiam exequatur, speciali processu non est opus, sed absque ullis longioribus ambagibus statim sententia mandatur executioni. Mev. *p.* 6. *decis.* 1. Interim tamen communiter plures conglomerare solent exceptiones, executioni adhuc opponendas, adeo, ut Berlich. *p.* 1. *concl.* 84. quinquaginta quinque referat, et dn. Martini *ad processum saxon. tit.* 39. *art.* 1. *a. n.* 162. *usque ad* 505. quadraginta tres explicet, quas tamen haud aliter admittendas esse, quam si in continenti probari possint, alias in reconventionem illas rejiciendas esse volunt, Coler. *ad process. execut. p.* 4. *c.* 7. *num.* 24. Carpz. *p.* 3. *decis.* 269. *n.* 16. *seq.* Interim *in ordinat. processus saxon.* tantum, si exceptio solutionis et compensationis probata est. vid. *tit.* 39. §. 3. alibi aliter proceditur. Et ita, qualiscumque demum exceptio executioni opponatur, in effectu novus processus, saltem executivus, qui tamen hoc litigioso seculo satis protrahi solet, inde exsurgit, quod an satis cohaereat cum processus moderni principiis, valde dubito. Nam constat ex constitutionibus imperii publicis, quod hodie omnes exceptiones peremptoriae ipsi litis contestationi annecti debeant, et quidem sub poena praeclusionis; id quod satis clare inculcatur in r. i. *de anno* 1654. §. 37. ubi expresse dicitur: *Wie auch, was er dabey dilatorie oder peremptorie einzuwenden haben möchte, alles auff einmal bey Straffe der praeclusion einbringen*, quod etiam in plerisque ordinationibus processuum statuum imperii repetitum est, uti ostendit Martini *ad processum saxon. tit.* 11. §. 6. *n.* 11. Quod si itaque sub poena praeclusionis omnes peremptoriae litis contestationi annecti debent, non video, qua ratione adhuc tot exceptiones possint admitti in executione: aut enim exceptiones tales fuerunt propositae, aut non. Priori casu, si non fuerunt in sententia attentae, tacite videntur rejectae, et sane perspicuum est, eas non amplius in executione opponi posse. Zanger. *de except. p.* 3. *cap.* 26. *num.* 11. *seqq.* Berlich. *p.* 1. *concl.* 84. *num.* 92. cum excipienti obstet exceptio rei judicatae, debuisset enim a sententia illa ob non attentam exceptionem appellare. Posteriori vero, imputet sibi, quod non opposuerit, cum opponere illas in litis contestationis termino debuisset, et sane si de novo adhuc admitterentur, poena praeclusionis legibus publicis dictata, frustranea foret, quod tamen asseri nequit. Unde potius ejusmodi exceptionibus nullus relinquendus esset locus.

§. 4. Deducitur autem sententia in effectum variis mediis, prout natura actionis id postulat. Siquidem, si in actione reali est sententia lata, nec condemnatus sententiae pareat, executio fit in ipsam rem petitam, *l.* 1. *c. de execut. rei judic.* atque adeo res mobilis condemnato manu militari aufertur. *l.* 68. *ff. de r. v.* Si vero immobilis sit victori tradenda, in illam immittitur victor, condemnato ejecto, Carpz. *in proc. tit.* 25. *art.* 3. *n.* 5. Brunnem. *in process. civil. c. ult. n.* 6. In actionibus personalibus distinguitur: aut enim certum corpus petitur, et sic eodem proceditur modo, quo in realibus. Textor. *in praxi judic. p.* 1. *c.* 14. *n.* 33. Aut vero quantitas exsolvenda hactenus in lite fuit, et sic condemnatis prius conceditur in jure communi quadrimestre spatium ad satisfaciendum. *l.* 2. *et* 3. *c. de usur. rei judic. l. f. c. de execut. rei judic. c.* 15. X. *de sent. et re judic.* quod tamen secundum jura provincialia variat; quo termino praeterlapso, si nec dum sententiae satisfecerit, demum in ipsa bona executio hoc modo fit, ut initium fiat a mobilibus, quibus non sufficientibus, immissio etiam in immobilia extenditur, et denique, si nequidem haec sufficiant, progressus ad jura fiat, *l.* 15. §. 2. *ff. de re judic.* et tandem ad subhastationem proceditur, ut ita victori satisfieri plene possit.

§. 5. Cum itaque executio proprie processum separatum in se non contineat, sed potius facto judicis mero expediatur, facile inde constat, executionem haud posse contra alium institui, quam contra eum, qui in lite cum victore fuit, et condemnatus est, utut contra haeredem, qui cum defuncto eamdem sustinet personam, omnino locum quoque inveniat. *l.* 44. *ff. de re judic.* Carpz. *p.* 1. *c.* 32. *def.* 24. *n.* 1. Matth. Coler. *de exec. p.* 1. *c.* 10. *n.* 32. sed non contra tertium successorem singularem, quippe qui non aeque repraesentat antecessorem. Carpz. *cit. l.* multominus contra tertium quemcunque, qui liti non interfuit, nec ideo condemnatus est, sed talis potius separata et propria actione conveniendus, si modo contra eum actio fundata sit, Brunnemann. *cent.* 4. *decis.* 88. *n.* 5. *cent.* 5. *decis.* 14. Mev. *p.* 4. *decis.* 84. Parlador. *lib.* 2. *rer. quotid. c. f.* §. 5. *n.* 1. Rationes hic eaedem allegari possunt, quae fusius *capite antec.* expositae, cum in genere verum sit, inter alios acta aliis praejudicare non debere, *l.* 63. *ff. de re judic.* et sane admodum durum foret, si tertius, qui non fuit in lite, nec ita auditus est, absque omni defensione ex judicato adversus alium, satisfacere teneretur. Ex quo principio conclusiones satis multae deduci possent, si institutis

mei ratio id admitteret. Producam saltim pauciores, ut veritas hujus principii eo magis conspicua reddatur. Sic condemnato marito ad solvendum debitum, non potest fieri executio in bona uxoris dotalia vel paraphernalia; quia in effecto contra uxorem fieret, quae tamen pro marito solvere non tenetur. Carpzov. *p.* 1. *c.* 32. *def.* 20. Wurmser. *tit.* 23. *observ.* 5. Caeterum ubi communio omnium bonorum inter conjuges recepta est, facilius talis executio fieri potest propter societatem mutuam, quae inter tales conjuges est, quod fusius declarat Goswin ab Esbach ad Carpz. *cit. l. n.* 5. Eadem ratione condemnato principali debitore, non statim executio contra fidejussorem fieri potest, cum hic habet propriam et separatam a debitore defensionem, quae ipsi auferri non debet. Faber. *in c. lib.* 7. *tit.* 25. *def.* 6. *n.* 2. Surdus *decis.* 218. *n.* 13. Brunnemann. *in process. eccl. c.* 29. *n.* 15. Sic quoque pupillo et principali condemnato, non recte dirigitur executio contra ipsum tutorem, procuratorem, institorem etc. Pardador. *cit. l.* §. 3. maxime finito eorundem officio. etc.

§. 6. Verum quemadmodum *c. antec.* jam aperui fontes, ex quibus res judicata absolute jus facere potest quoad omnes, licet nondum in lite fuerint, ita ex iisdem fere rationibus etiam accidere potest, ut etiam executio contra tertium dirigatur, qui licet non fuerit principaliter *in lite* comprehensus, tamen ejusmodi rationes contra eum militant, quae omnino executionem contra eum transferunt. Inter has rationes prima et principalis haec est, si is, qui primo et principaliter debuisset defensionem subire, et eam, qui in lite deprehensus est, potuisset et debuisset liti subtrahere, tamen eum agere passus fuerit, quod fundamentum suggerit Jctus *in l.* 63. *ff. de re judic.* ubi tamen haec ex textu colligenda sunt requisita. (1.) ut tertius, contra quem executio facienda litem cum altero agi sciverit. (2.) ut hunc repellere a lite, eamque in se transferre potuerit. (3.) ut illa defensio principaliter ad eum, contra quem nunc executio instituenda, pertinuerit; et tamen (4.) permiserit alterum de eo jure agere, quod ab eo habuit, Covarruv. *p.* 2. *pract. quaest. c.* 13. *n.* 7. Tunc enim vel ideo contra eum recta via executio statim locum habet, *quia*, ut sit Jctus, *ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est.* Fundamentum hoc per nonnulla exempla declarat Jctus, quorum primum est de creditore, veluti, *si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris*, ex quo talis casus erui debet. Cnejus Aulio sub jure antichretico dedit pro debito 2000. tbal. praedium Tusculanum, quod postea Titius a Cnejo quasi suum vindicat, sciente et patiente creditore Aulio. Probato dominio, condemnatur Cnejus ad restitutionem, quaestio emergit, an cum Cnejus fundum Tusculanum non possideat, ex cutio decerni debeat contra possessorem creditorem? Quod in textu allegato affirmatur. Et huc sine dubio respexit Papinianus in *l* 29. *in f. ff. de except. rei jud.* ubi ait: *Si debitor de dominio rei, quam pignori dedit*, non admonito creditore, *causam egerit et contrariam sententiam acceperit, creditor in locum victi successisse non videbitur, cum pignoris conventio sententiam praecesserit.* Hoc casu ideo executio contra creditorem possidentem denegatur, quia debitor condemnatus erat, *non admonito creditore* ex quo Zasius *ad l.* 63. *ff. de re judic. n.* 24. concludit, necesse esse, ut in tali casu lis creditori denuncietur, quod quidem admitto, ubi creditor litem ignorat. Caeterum si litem novit et patitur debitorem agere, specialem litis denunciationem adhuc esse necessariam vel ideo existimo, quia Jctus *in l.* 29. *ff. de except. rei judic.* praecise supponit, creditorem debere esse admonitum, haec vero non facto, el non praejudicatur, cum per assistentiam potuisset sibi prospicere. Quamvis enim *in l.* 63. *ff. de re judic.* simpliciter dicatur, quod *scientibus* obsit res contra debitorem judicata, tamen haec litis denunciatio vel ideo ex *l.* 29. *cit.* hic supplenda erit, quia non absolute potuit impedire debitorem, ne de proprietate rei suae ageret, quae ad eum adhuc spectat, non obstante, quod alteri rem illam pignori dedit. Et sic non primario disputatur de jure creditoris, sed potius debitoris.

§. 7. Idem nunc ulterius applicant ad similes personas, quae itidem sicuti creditor antichreticus jus in re aliena utilitatemque exinde percipiendi habent, quales sunt vassalli, superficiarii, emphyteutae, usufructuarii, vel jus precarium habentes etc. Quodsi enim ipse Dominus feudi vel fundi de tota et plena proprietate conveniatur, et in lite succumbat, et iste fundus ratione dominii tertio adjudicatus fuerit, ista sententia quoque nocebit scientibus vassallis, fructuariis, emphyteutis et superficiariis ad effectum, ut executio contra eos fieri possit. Zasius *ad l. saepe* 63. *ff. de re judic. n.* 27. Alexander. *ad cit. l. n.* 107. *seqq.* Zanger. *de except. p.* 3. *c.* 17. *n.* 77. Hartm. Hartmanni *pract. for. lib.* 2. *tit.* 18. *obs.* 4. ubi quidem in vassallo, emphyteuta et superficiario res expedita est, quia defendere passi sunt dominum totam proprietatem, quae tamen nequidem ad eum spectabat, sed pro parte ad vassallos, emphyteutas et superficiarios, atque adeo eatenus intervenire, et litem quoque in se transferre potuissent, quod cum non fecerint, voluntate propria ita judicatum videtur. Ast de *usufructuario* vel qui aliam servitutem habet, decisio adducta quodammodo dubia videtur, tum quia si de proprietate quaestio movetur, solus proprietarius actionem et defensionem suscipere debet, et sic principaliter ipse recte agit, non vero fructuarius, qui de proprietate ne γευ quidem habet, et ita liti se offerret, si vindicationem susciperet, cum nequidem directo possit servitutes fundo fructuario debitas vindicare. *l.* 1. §. *f. ff. ae oper. nov. nunc.* Posset itaque proprietarius prohibere, ne litem super dominio susciperet, non vero contra usufructuarius domino resistere, ne is defensionem dominii suscipiat. Alia itaque ratione hic procedendum arbitror. Scilicet videndum, utrum usufructuarius a proprietario causam habeat, nec ne? Postemis contingit, si es proprietarius et usufructuarius a tertio aequaliter jus suum habeat, velut ubi alicui fundus deducto usufructu, alteri vero ejusdem fundi usufructus legatus est, hoc casu certe, quia usufructuarius jus suum non habet a proprietario, sed a testatore ex legato, non nocebit eidem sententia contra proprietarium lata, ut statim contra eum executioni dari possit, *arg. l.* 22. *ff. de except. rei judic.* Hartm. Hartmanni *cit. l. n.* 3. Neque enim sententia nocet alteri, qui (*a*) prohibere actionem non poterat, nec (*b*) causam suam a condemnato habeat, *arg. l.* 63. *in f. de re judic.* Bernhard. Wurmser. *lib.* 1. *tit.* 22. *obs.* 14. *n.* 8. Priori casu

vero admitto, quod sententia de proprietate lata et actori adjudicata, per necessariam consequentiam nocere debeat usu fructuario, non quod intercedere potuerit, ne proprietarius ageret, id enim impedire non potuit; sed quia causam suam actor ex jure proprietarii derivare debet; interim tamen ad effectum, ut executio contra eum possit institui, hic quoque ex *l.* 29. *in f. ff. de except. rei judic.* necessarium esse existimo, ut usufructuario lis denuncietur ad exemplum debitoris, qui creditori litem denunciare debet, cum dominum litigantem assistendo, consulendo, jura sua defendendo, peritiores Advocatos advocando, adjuvare possit, Zasius ad *cit. l.* 63. *n.* 27. Quod idem vero *cit. loc.* litis denunciationem exigat quoad vassallum et emphyteutam, id non necessarium esse existimo, modo ipsi aliunde sciverint de proprietate plena fundi agi, et passi fuerint dominum defensionem totius rei suscipere. Hic enim simul agitur principaliter de jure eorum, cujus defensio principaliter et unice ad eos spectabat, et sic dominum prohibere poterant, ne de utili dominio simul ageret, sed ut causam ad eos transferret. Cum enim possideant, et utile dominium habeant, principaliter defensio ad eos spectabat, quae ratio cessat in creditore et usufructuario.

§. 8. Aliud exemplum adducit Maeer. in *l.* 63. *ff. de re judic. Si maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptae scienter agere permittat.* Constat scilicet ex jure civili, marito dominium aliquod in dotem competere §. 1. *I. quib. alien. lic. vel non. l.* 75. *ff. de jure dot. l. in rebus* 30. *c. de jur. dot.* et consequenter ipse et vindicat dotem, et quoque actiones dotis nomine suscipere debet. *l. doce ancillam.* 9. *c. de r. v.* atque adeo, si vel maxime vindicaverit uxor rem dotalem marito ignorante, et nihil obtinuerit, exceptio rei judicatae marito obesse nequit. Brunnemann. *ad l. cit.* 9. Quid ergo, si tertius rem dotalem vindicet ab uxore vel socero, marito sciente, qui principaliter litem hanc suscipere deberet, et condemnatio ad restituendum sequatur, contra maritum quoque hic debet fieri executio. Sed aliquando contingere potest, ut actio non contra maritum, sed uxorem institui debeat, scilicet si dos constante matrimonio eidem restituta fuerit propter metum emittendae dotis. *l.* 24. *ff. solut. matrim.* quia forsan maritus dotem dissipare, vel alias non solvendo esse incepit. Quid ergo juris si actio contra uxorem eo tempore, quo possidebat fundum dotalem, fuerit legitime instituta, deinceps vero, quia maritus interim ad meliorem fortunam redierat, dos eidem restituta, id quod quidem fieri debuit. Gail 2. *obs.* 85. et hac restitutione facta uxor condemnata ad restituendum, an hoc casu quoque idem dicendum sit, vel ideo dubitari posset, (1.) quod uxor in hoc casu debuit conveniri, et defensionem principaliter suscipere, possidebat enim dotem tempore litis motae. (2.) quod marito integrum haud fuerit, hanc litem in se transferre. Nihilominus Zasius *ad tit. l.* 63. *n.* 35. *in f.* concludit, sententiam contra uxorem latam marito et scienti et ignoranti praejudicare, quod uxor litem proprio nomine susceperit et peregerit, et quia ita cum legitimo contradictore actum est, maritus, qui non proprium jus, sed dependens a jure uxoris habet, executionem contra se impedire nequit. Ratio itaque diversitatis, quod priori casu, ubi maritus possidebat, tantum scienti, non ignoranti praejudicetur, haec est, quia quamdiu dos est penes maritum, uxor non legitime actionem in se suscipere potuit, uti aperte constat ex *l.* 9. *c. de r. v.*

§. 9. Tertium exemplum, quod Jctus proponit, emptorem concernit, *si scilicet possessor emptor venditorem de proprietate rei emptae* defensionem suscipere patiatur. Hoc casu sine dubio principaliter defensio ad possessorem emptorem pertinebat, adeo, ut si conventus fuisset, nequidem actori potuisset exceptionem laudationis opponere. Mev. *p.* 6. *decis.* 375. ad venditorem vero secundario tantum haec defensio pertinet, propter evictionis praestationem, cujus nomine etiam emptori convento assistere debet. Sed ponamus, sciente et patiente possessore, venditorem litem in se suscepisse et condemnatum esse, sine dubio executio statim contra emptorem fieri potest; revera enim, si sciens et prudens emptor patiatur venditorem rem defendere, ei id mandasse intelligitur. Francisc. Duarenus ad *cit. l.* 63. *ff. de re judic. praelect.* 43. Quod si ergo protestatus fuerit emptor, certum est, eidem judicatum non nocere. Id. *cit. l.* idem sine dubio recte applicari potest ad haeredem fideicommissarium, cui ex Trebelliano restituta est haereditas, si forsan haeres fiduciarius condemnatus sit, ut haeredi ab intestato propter defectum testamenti restitueret haereditatem. Nam etsi haeres fiduciarius ipso jure haeres maneat, et sic conveniri principaliter posse videatur haereditatis petitione, §. 3. *i. de fideic. haer.* attamen quia ex scto Trebelliano omnes actiones in haeredem fideicommissarium transeunt, §. 7. *i. eod.* et praeterea post restitutionem fideicommissarius possidet, merito huic principalis defensio incumbebat, cum sicuti ipse haereditatis petitionem fideicommissariam potuisset exercere. *t. t. ff. de fideic. haered. petit.* ita quoque merito ipse conveniendus fuisset; quo ipso fit, ut si passus fuerit fiduciarium suscipere haereditatis petitionem, eo condemnato, executionem quoque in se dari pati debeat. *arg. l.* 63. *ff. de re judic.* Gravior videtur esse difficultas circa emptorem haereditatis, quippe qui per emptionem stricto jure haeres non fit, sed potius venditor manet haeres *l.* 88. *ff. de haered. institut* atque sic non haereditatis petitione, sed singulari rerum jure conveniri debet, ut dicitur in *l.* 2. *c. de haered. petit.* Covarruv. *pract. quaest. c.* 12. *n.* 2. Et licet vel maxime utilis haereditatis petitio quibusdam casibus contra emptorem detur, puta: si non adsit venditor, si modico pretio vendidit, *l. nec ullam.* 13. §. 5. *ff. de haered. petit.* tamen extra hos casus non potest conveniri haereditatis petitione, Covarruv. *cit. l. n.* 5. Brunnemann. *ad l.* 9. *ff. de haered. petit.* et sic quamdiu adest venditor haeres, principalis defensio adeum, non ad emptorem, spectat. Ponamus itaque, venditorem haereditatis petitione esse conventum, scienteemptore, eumque in lite succubuisse, potestne executio institui contra possessorem emptorem? Ratio equidem, quae in emptore rei singularis antea allata est, hic cessat, quia ad hunc quidem principalis defensio spectabat, sed non ad emptorem haereditatis, interim tamen alia ratio non deest, propter quam executio contra eum possit institui: Scilicet, quia vicem haeredis obtinet, et in locum haeredis succedit, et ab eo omne jus suum, quale quale est, habet, *l.* 2. §. 18. *ff. de haered. vel. act. vend. l.* 9. *ff. comm. praed.* merito quoque, sive litem sciverit, sive ignoraverit, ei praejudicabit res jud cata, ut

executio contra eum fieri possit, *arg. l. ex contractu. 44. ff. de re judic.* de quo fundamento mox specialim agendum est. Parili ratione cedente condemnato executio contra cessionarium institui potest, Ummius *ad process. disp* 23. *th.* 1. *n.* 10. Brunnemann. *in process. civ. c.* 29. *n* 19. *et ad l.* 4. *de except. rei judic. et cent.* 5. *decis.* 16. Carpzov. *lib.* 3. *resp.* 17. quae enim obstant vel nocent cedenti, etiam cessionario et obstare et nocere oportet. Mev. *p.* 3. *decis.* 234. cum cessionarius utatur active et passive jure cedentis, Mev. *part.* 7. *d.* 187. *n.* 3.

§. 10. Caeterum quod dictum est, executionem rei judicatae quoque contra tertium in praedictis casibus esse faciendam, hoc eo pertinet, ut, quatenus rem, quae restitui debet, possidet, catenus in ipsam rem executio fieri possit. Cum vero praeter rei restitutionem de fructibus perceptis et percipiendis soleat adjudicatio fieri, quaestio oritur, an tenor rei judicatae eousque contra tertium possessorem se extendat, ut etiam quoad hanc clausulam eidem satisfacere debeat? Quod non existimo. Potest enim contingere, ut ejus, qui condemnatus est, mala fides in actis satis detecta et manifesta, atque adeo ipse et ad fructus perceptos et percipiendos restituendos condemnatus fuerit, cum e contrario possessor, contra quem executio decreta est, in b. f. fuerit. Injustum autem foret, si qui ex titulo singulari successit, luere deberet factum antecessoris. Accedit, quod id, propter quod ad fructus restituendos condemnatur, quodammodo ad praestationes personales referatur, *l.* 25. §. 18. *de haered. petit.* ratione cujus non potest executio fieri contra alium, quam qui in tales praestationes condemnatus est. Et cum quoad rem ipsam ideo executio contra tertium fiat, quod simul de ejus jure judicatum fuerit, non vero similiter, quae de fructibus restituendis judicata sunt, eum attingant, dividi debet executio sententiae, et quoad ipsam rem quidem executio contra tertium facienda, de aliis praestationibus autem satisfacere debet condemnatus. Quod si praeterea ipse possessor tertius doli particeps arguatur, tamen ne sic quidem illa sententia, qua alter propter m. f. condemnatus, huic quoad illum articulum praejudicare potest, cum antea omnino desuper audiendus sit, et sic causa cognita demum statuendum, an possessor quoque in m. f. fuerit, nec ne. Neque aliud dicendum existimo, si ex actis jam quodammodo de m. fide possessoris constet. Licet enim vulgo asserant notorium habere vim sententiae et rei judicatae, adeo, ut ex notorio tamquam judicato procedi possit, Barbosa *in thes. pract. lib.* 12. *c.* 21. *ax.* 13. Mevius. *p.* 8. *d.* 202. *n.* 2. tamen hoc assertum merito ab aliis reprobatur, cum nemo in eis, quae ejus proprium factum concernunt, inauditus sit condemnandus, Crusius *de indic. delict. p.* 1. *c.* 41. *n.* 5. Schrader. *de feud. tom.* 1. *p.* 9. *s.* 9. *n.* 13. *seqq.* et revera in tali sententia non super facto tertii, sed potius ipsius rei condemnati pronunciatum sit, quod aliis haud praejudicat.

§. 11. Antequam ad alia progrediamur, dubium adhuc aliquod removendum est, quod a paucis tactum reperi. Scilicet potest contingere, ut venditor conveniatur vel ideo, quod liti se offerat, vel quod dolo desierit possidere, quo utroque casu tamquam possessor utili rei vindicatione tenetur, *l.* 13. §. 13. *seq. l.* 45. *l.* 25. §. 8. *ff. de haered. petit. l.* 25. *seqq. l.* 52. *ff. de r. v.* Quodsi itaque actor contra eum probaverit dominium, utique condemnandus est, et quia non amplius possidet, litis aestimationem praestare debet in poenam, *l.* 69. *de r. v. l.* 95. §. 9. *ff. de solut.* Sed si ita venditor ante conventus fuerit, hoc non liberat emptorem possessorem, uti diserte dicitur in *cit. l.* 95 *et l.* 13. §. 14. *ff. de haered. petit.* sed recte a possessore adhuc peti potest. Sic enim Jctus *in l.* 7. *ff. de r. v.* dicit: *Si is, qui obtulit se vindicationi fundi, damnatus est, nihilominus a possessore recte petitur.* Ex quo patet, in hoc casu ex re judicata contra venditorem non statim dari executionem contra tertium possessorem, sed nova petitione et sic novo processu opus esse; Et tamen in *l.* 63. *ff. de re judic.* dicitur, quod condemnato venditore executio possit institui contra emptorem. Verum ratio diversitatis manifesta videtur: Quando contra eum agitur, qui dolo desiit possidere, tunc potius ad aestimationem faciendam reus condemnatur ex dolo suo, ut dicitur in *l.* 95. §. 5. *ff. de sol.* Si sic sententia, quae aestimationem reo ob dolum injunxit, non potest contra tertium executioni dari. Idem quoque dicendum videtur, si is, qui liti se obtulit, condemnetur, nam sic quoque executio contra eum ad aestimationem fit. Caeterum cum talis ad rem ipsam restituendam condemnatus sit, quaestio esset, annon hoc casu saltim executio contra tertium possessorem fieri possit, qui causam a condemnato habet. Et si quidem eo ignorante condemnatus esset, apertum foret, executioni contra eum locum esse non posse: si vero eo sciente et patiente, cum intervenire et venditorem ab agendo repellere poterat, omnino justa *l.* 63. *ff. d. r. jud.* executio contra eum decerni posse videtur. Ast ita liberabitur reus venditor a litis aestimatione, *arg. l.* 95 §. 9. *de solut. l.* 13. §. 14. *de haered. petit.* Sed si litis aestimatio a venditore esset praestita, non putarem executionem quoque statim contra tertium, possessorem fieri posse, ne alias duplex executio ex una re judicata fiat, cum jam satisfactum per litis aestimationem, sed hic juxta *l.* 7. *ff. d. r. v.* peculiari processu opus foret.

§. 12. Sed progredior (II.) ad novum fundamentum, ex quo possit executio dari contra tertium, scilicet, *quoties tertius condemnato etiam jure singulari succedit, et eamdem cum antecessore defendendi causam, idemque jus habet,* quod evidentissime probatur ex *l.* 44. *ff. de re judic.* ubi Scaevola ita: *Ex contractu paterno actum est cum pupilla tutore auctore, et condemnata est Postea tutores abstinuerunt eam a bonis paternis: et ita bona defuncti ad substitutum vel ad cohaeredes pervenerunt. Quaeritur: an hi ex causa judicati teneantur? Rescripsit, dandam in eos actionem, nisi culpa tutorum pupilla condemnata est.* De cujus legis sententia, ut recte constet, supponendum, pupillam immiscuisse se haereditati paternae, et postea abstinuisse auctoritate tutoris; quod fieri potuisse idem Scaevola ostendit in *l. defendente* 21. *ff. de auctor. tutor.* et quidem per restitutionem in integrum, quo casu haereditas ad substitutum devolvitur, non haeredem ab intestato, Struv. *ex.* 33. §. 17. Quod si itaque cum pupillo tamquam haerede primario actum sit ex debito paterno, isque condemnatus sit, tunc si pupilla abstineat, executio contra substitutum,

quamvis successorem singulari ex jure, datur, tum, quia in jus pupilli succedit, tum, quia eamdem, non aliam defendendi causam habere potest, Carpzov. *lib.* 2. *resp.* 104. *n.* 13. *seqq.* Idem quoque dicendum de cohaerede, qui ex jure accrescendi partem pupilli condemnati acquirit, sed in illo statu, in quo apud pupillum erat, atque adeo quoque cohaeres executionem subire tenetur. Idem ad substitutionem fideicommissariam applicari posse indubium est, uti etiam tradit Berous *vol.* 2. *consil.* 102. *num.* 45.

§. 13. Ex hac ratione etiam facile licet concludere, qua ratione ex sententia contra maritum lata possit fieri executio contra uxorem. Ponamus, maritum ratione dotis conventum fuisse rei vindicatione, (tenetur enim actioni succipere) sed quia alter probavit dominium, condemnatus est ad restituendum; interim vero matrimonium solutum, et dos ad uxorem rediit, quaeritur itaque, an executio absque novo processu contra uxorem vel viduam statim decerni possit? Certe uxor dotem recipit, non velut haeres, sed jure proprio, atque adeo ex facto mariti non absolute tenetur, veluti apparet in locatione, *l.* 25. *in f. ff. solut. matrim.* interim (*a*) maritus hic fuit legitimus contradictor in causa, *arg. l.* 63. *ff. de judic.* (*b*) ubi actor dominium suum in re probavit, non tantum de jure mariti, sed etiam uxoris judicatum videtur, et sic (*c*) eadem condemnationis ratio in uxore, quae fuit in marito, conf. Faber. *in c. lib.* 7. *tit.* 19. *def.* 4. Sic porro sententia lata contra priorem emphyteutam potest mandari executioni contra novum possessorem. Id *lib.* 7. *tit.* 26. *def.* 6. Eadem namque in utriusque emphyteutae persona condemnationis ratio est, cum novus emphyteuta pinguius jus habere nequeat, quam a quo suum jus habent. Ulteris sententia lata contra praelatum mandari potest executioni adversus eum, qui in beneficio successor est, licet titulo singulari succedat, idque rursus ex eadem ratione. Aymo Cravetta *consil.* 10. *n.* 8. Faber. *in c. cit. l. def.* 4. *ab init.*

§. 14. Ex eadem ratione praeterea concludit Carpzov. *part.* 3. *decis.* 254. executionem contra tertium valide intentari posse, si sententia in genere contra possidentem fuerit concepta et publicata; sic tertius possessor hypothecae executionem haud metuere debet, sed hypothecarius prius conveniendus; quod si tamen contra possessorem pronunciatum fuerit, et postea hypotheca alienata sit, existimat Carpzovius, impedire possessorem executionem contra se intentatam haud posse, cum etiam penes tertium sit eadem vincendi causa, idem agendi fundamentum, atque adeo hoc etiam procedere, si alienatio non sit facta in fraudem; nam sic adhuc ratio peculiaris, de qua mox, pro hac sententia militat, sed ubi alio casu alienatio contigit, id quod subjectum a Carpzov. *n.* 22. responsum declarat. Verum rectissime B. Brunnemannus *ad l.* 63. *ff. de re judic. n.* 5. monet, in genere hoc non concedendum esse, neque facile posse concipi, quomodo possit sententia in genere contra possessorem ferri, qui in lite non fuit; multominus, quomodo contra eum possit executioni mandari, cum vix contingere posset, ut talis tertius possessor non habeat speciales rationes, et fundamenta se defendendi. Unde etiam Mev. *p.* 4. *decis.* 28. *n.* 4 *et* 5. talem executionem contra tertium pronunciat esse ipso jure nullam, quam sententiam quoque repetit *p.* 4. *decis.* 84. *et p.* 6. *decis.* 1.

§. 15. Tunc vero recte Brunnemannus cum Mevio in dicto casu contra tertium executionem locum invenire posse putat, quando vel *pendente lite aut etiam in alterius fraudem facta fuisset alienatio*, quod nunc (III.) tanquam novum fundamentum in hac materia excutiendum, quippe in quod dd. communiter consentiunt, Carpzov. *p.* 1. *c.* 31. *def.* 24. Matth. Coler. *de process. execut. p.* 2. *c.* 3. *n.* 439. *seqq.* Brunnemann. *ad l.* 15. *c. de donat. et l.* 4. *de litigios.* Mantica *de tacit. et ambig. convent. lib.* 13. *tit.* 28. Parlador. *lib.* 2. *rerum quotid. p.* 4. *c. fin.* §. 5. *num.* 6. *seqq.* Mevius *p.* 8. *decis.* 380. Gail. *l. obs.* 118. Covarruv. *pract. quaest. c.* 15. *n.* 6. *seqq.* Anton. Faber. *in c. lib.* 7. *tit.* 22. *def.* 13. *n.* 2. Klock. *vol.* 2. *cons.* 4. *n.* 255. Merckelbach. *apud eumd. vol.* 2. *cons.* 55. *n.* 16. Berlich. *p.* 1. *decis.* 84. *n.* 9. Franzk. *lib.* 1. *resol.* 2. *n.* 95. *seqq.* Probant hanc conclusionem de re litigiosa alienata pendente lite communiter ex *l. l ite pendente.* 2. *et l. censemus.* 4. *c. de litig ios* Quodsi enim alienatio est ipso jure nulla, et lis nihilominus peragenda dicatur cum alienatore, frustra certe cum hoc continuaretur, nisi contra emptorem vel possessorem statim possit decerni executio. Accedit, quod tertius possessor melioris non debeat esse conditionis, quam reus conventus et condemnatus, a quo unice causam suam habet, Merckelbach. *cit. l. n.* 17. et ita iniquum foret, tali casu actorem diversis fatigare judicis. Gail. *cit. l. n.* 2. Praeterea quia alienatio est nulla, ideo nulla possessio ex eo transferri potuit, sed res adhuc in illo statu esse intelligitur, ac si ista non processisset. Mev. *cit. l.*

§. 16. Verum hoc non absolute intelligendum esse existimat Angelus *in auth. litigiosa c. de litig. n.* 5. sed tantum executionem contra scientem fieri posse, non vero ignorantem. Verum hanc restrictionem merito rejiciunt dd. Vid. Covarruv. *cit. l. n.* 7. Constat enim vitium litigiosi rem ipsam afficere, ignorante etiam possessore, ex *l. f. c. de litig.* et ita hoc vitio res affecta transit ad omnem possessorem, quamvis poenae *in d. l. f.* determinatae in eum non cadant. Illustratur hoc ipsum praeterea ex *l. chirographis.* 57. §. *f. ff. de admin. et peric. tut.* Ubi habetur casus de tutoribus, qui pendente lite fundum emerant ab eo, qui postea condemnatus est, qua facta condemnatione statim fundus eis *ablatus* dicitur; quod non aliter fieri potuit, quam mediante executione contra tutores facta; et deinde subjungitur, tutores eo nomine pupillo teneri, si scienter emerint ab eo, qui in ea causa esset, ut obnoxius sententiae seu condemnationi esset. Ergo, si ignorantes emerint, ipsi quidem non tenentur pupillo, ubi tamen praesupponi necessario debet, fundum esse ablatum, tutoribus etiam ignorantibus.

§. 17. Caeterum ubi alienatio talis rei est facta, quae non est litigiosa, uti in actionibus personalibus contingit, sive ad quantitatem solvendam, sive ad rem persequendam agatur, uti plenius evincit Franzk. *lib.* 1. *resol.* 11. *n.* 83. *seqq.* merito accipienda est distinctio antea mota, utrum alienatio lite pendente in fraudem actoris facta sit in tertium scientem, an vero ignorantem. Nam quod priorem casum attinet, si quantitas petita fuerit, et deinceps res in fraudem credi-

torum alienatae fuerint, alias quidem juris est, tales alienationes in fraudem creditorum factas revocandas esse actione pauliana, *l. 1. ff. quae in fraud. cred.* ex quo fluit, condemnato debitore ad solvendum, non statim posse executionem fieri contra tertium, in quem alienatio in fraudem creditorum facta, si scilicet res alienata ante litem institutam fuerit. Ast si alienatio fuisset facta (1.) pendente lite, (2.) in fraudem creditorum, (3.) participante de dolo tertio, in quem fit alienatio, tunc revocatoria actione nequidem opus esse censet Covarruv. *pract. quaest. c. 15. n. 7. vers. imo ex hac opinione.* Sed posse statim fieri executionem contra tertium possessorem, doli participem, modo probetur dolus et scientia litis. Major adhuc ratio est pro altero casu, si actione personali actum sit ad rem aliquam petendam, et ejus traditionem, nam licet ne quidem hic res litigiosa fiat, ut docet Franzkius *cit. l.* tamen si lite pendente, et dolo tertii concurrente, alienatio facta fuerit, etiam sic posse fieri executionem contra tertium doli participem, statuit Covarruv. *cit. l. vers. sed si actione.* conf. Franzk. *cit. l. n.* 97. Parlador. *cit. l. num.* 9. qui hanc sententiam adeo veram esse existimat, ut sacrilegii instar videatur contrarium statuere. Nevera enim elusoria fierent judicata, si contra tertium dolosum possessorem nova opus foret actione, et ut optime addit Parladorius *cit. l. quae juris ratio patitur, ut actore tot judiciorum dispendia emenso, tot fori sumptibus et pragmaticorum tanta morositate fractus ac tantum non enectus, cum jam tandem victoria frui sperat, spe omni frustratus cum novo rei litigiosae possessore ex integro experiri necesse habeat? Quis tam patiens et plumbeus, qui ad hujusmodi juris ambages adactus non continuo erumpat in vocem exclamans: haec non juris, (quae boni aequique ars est) sed injuriae fraudisque esse praecepta etc.* Sic itaque, quando creditor adversus debitorem agit actione personali, rei eo nomine oppignoratae alienatio in tertium quidem valida est, per *n. 112. c. 1.* si modo debitor ex pretio inde redacto debitum solverit. Quodsi tamen debitor non possidens alias res, unde creditori satisfaciat, rem istam alienaverit, lite mota in eum, qui sciverit, litem de ea re pendere, simulque inopiam debitoris cognitam habuerit, in dolo esse videtur, et ob hanc rem executio contra eum recte decernitur.

§. 18. Nonnunquam etiam contingit, ut quia actiones sunt in rem scriptae, etiam sententiae in ipsam rem concipiantur, unde nunc (IV.) novum fundamentum oritur, ex quo condemnatoria sententia contra tertium possit executioni mandari. Sicut etiam in ipsa actione non principaliter consideratur, quis hoc vel illud fecit, sed factum ipsum in litem deducitur, et desuper pronunciatur, *l. metum. 9. §. 1. l. 14. §. 3. ff. quod met. caus.* ita quoque facilius executio contra quemcumque possessorem fieri potest. Optime Ulpianus in *l. 4. §. 33. ff. de dol. et met. except.* hac de re loquitur, inquiens: *non inspicimus, an is, qui agit, metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum in hac re a quocumque, non tantum ab eo, qui agit.* Cum itaque actio aquae pluviae arcendae causa sit actio in rem scripta, sequitur necessario, ut si is, qui illicite aliquid fecit, et condemnatus est ad destruendum, executio contra tertium etiam possit intentari. Sic vero hac de re disponitur in *l. 4. §. 1. ff. de aqua et aq. pluv. arc. Julianus quoque scribit, si post judicium aquae pluviae arcendae susceptum alienaverit is cum quo actum esset de praeterito damno et de opere restituendo, id statuere judicem debere, quod judicaret, si nulla alienatio facta esset, nam et fundo alienato nihilominus judicium manere et damni rationem venire etiam ejus, quod post alienationem contingit.* Quod si itaque fundo alienato nihilominus judicium manet, ut diserte Jctus asserit, certe quoque effectum habere debet contra praesentem possessorem. Actio enim in ipsam rem dirigitur, et sic sententia condemnatoria ad destruendum recte executioni datur contra praesentem possessorem. Clarius hoc deciditur *in l. si mater. 11. §. 9. ff. de except. rei jud. Si egero*, ait Jctus, *cum vicino aquae pluviae arcendae, deinde alteruter nostrum praedium vendiderit, et emptor agat, vel cum eo agatur, haec exceptio nocet, sed de eo opere, quod jam erat factum, cum judicium acciperetur.* Recte dicit Jctus, *de eo opere, quod jam erat factum, cum judicium acciperetur*, hujus nomine enim demum datur executio contra tertium possessorem. Caeterum de eo opere, quod post litem contestatam factum est, novo judicio agendum est. *l. 14. §. ff. de aq. et aq. pluv. arc.* cum non possit videri venisse in judicium id, quod post judicium acceptum accidit, *l. 23. ff. de judic.* Ulterius, quia nunciatio in ipsam rem fit, *l. 10. ff. de nov. oper. nunciat.* atque hinc ipsam rem quasi afficit, si forsan contra prohibitionem aedificatum fuerit, et interim praedium alienatum, executio ad demoliendum, quod aedificatum est, contra praesentem possessorem competit, *l. f. ff. eod.*

§. 19. Denique (V.) *ob pactum* quoque aliquando potest executio decerni contra tertium possessorem. Scilicet quaestio est de hypotheca constituta *cum pacto executivo*, seu cum pactum paratae executionis adjectum, an et quatenus illud aliquid operetur contra tertium possessorem. Communiter dd. asserunt, si vel maxime pendente lite hypotheca alienata fuerit denegari jus paratae executionis contra successorem singularem, sed novo et ordinario contra illum processu opus esse. Colerus *de process. execut p. 2. c. 3 n. 429.* quoniam tale pactum sit mere personale, neque transeat ad successorem singularem, atque adeo fatuos esse creditores putat Colerus *n. 430.* qui isto casu petunt executionem contra possessores bonorum debitoris, sed debere potius, ordine juris servato, hypothecariam contra ipsos intentare, praesertim, cum tertius possessor hypothecae habeat exceptionem excussionis, et tamdiu actio hypothecaria sistatur, donec personaliter actum fuerit cum debitore ejusve haerede. Ex quo denique *n. 434.* concludit, non aliter jus pacti executivi etiam cum hypotheca transire ad successorem singularem, nisi forte conventioni executivae annexa fuerit alia clausula *de non alienando* medio tempore hypothecas; quodsi factum fuerit, poterit statim creditor recta via contra tertium possessorem executive procedere. Quemadmodum itaque de hoc ultimo casu res expedita, quod ob hujusmodi pactum adjectum possit executio contra tertium possessorem intentari, ita de priori pacto executivo breviter videndum, an non illud per se possit operari executionem contra tertium? Sane non defuere, qui hoc ipsum asseruerint, quem in finem laudandi sunt Menoch. *adi-*

pisc. remed. 5. *num.* 143. *seqq.* Negusant. *de pignor. p.* 4. *pr. num.* 20. Mevius *p.* 7. *decis.* 124. qui hac praegnanti ducuntur ratione, quod sicut pignus vel hypotheca rei cohaeret, et sic cum re transit ad quemvis possessorem, ita quoque hypotheca transire debeat cum ea qualitate, quacum illa constituta est, quando jus in rem in eamdem est constitutum. Neque tale pactum dici potest mere personale, cum in rem ipsam constituatur, et sic bona ipsa afficiat. Dari autem talia pacta rem ipsam afficientia, patet ex *l.* 17. §. 5. *ff. de pact. l.* 7. *pr. de jure patron.* Quo etiam pertinet clausula illa famosa *constituti possessorii*, quae ita rem afficit, ut ipse Colerus *cit. l. n.* 454. concedat, ex hac clausula etiam dari executionem contra successorem singularem. vid. Tiraquell. *de jure constit. possessorii part.* 1. *n.* 43. Facilius porro contra tertium possessorem pactum executivum operabitur executionem, si praeterea clausula adjecta, quod in casu non impletae promissionis contractus ipso jure resolvi debeat, Coler. *cit. l. n.* 420. quia hanc clausulae inest virtualiter prohibitio de non alienando, quae operatur, ut efficaciter res in alterum transferri non potuerit. *l. si creditor.* 7. §. *f. ff. de distract. pignor.*

§. 20. Atque ita hactenus enumeravi potiores casus ubi executio ex sententia condemnatoria contra alterum lata, contra tertium instituti potest, ut nullo quidem peculiari processu opus sit. Nam sicuti statim in principio hujus capitis ostendi, executionem hodie processum non admittere, sed statim absque ambagibus per mandata expediri. Mevius *p.* 6. *decis.* 1. *num.* 10. adeo, ut exceptiones ante omissae vix amplius opponi possint, ita quoque idem dicendum esse reor, si contra tertium possessorem executio intentatur. Equidem quandoque citationem dd. praecedentem requirunt, ut Franzkius *lib.* 1. *res.* 11. *n.* 98. in casu, ubi propter vitium litigiosi datur executio contra tertium, quod etiam probant Menoch. *cons.* 413. §. 12. Bursat. *cons.* 413. *n.* 10. Klock. *tr. de aerario lib.* 2. *c.* 125. *n.* 9. ad hunc scilicet effectum, ut ante omnia eidem innotescat, rem possessam esse vitio litigiosi affectam; id quod eo magis admitto, quia statim ab initio hujus capitis asserui, mandatum monitorium aliquod praecedere debere, id quod vel ipsa citatione notificatoria peragitur. Verum haec citatio non propter novum processum, sed tantum hunc in finem adhibetur, ut tertius possessor non expectata executione sententiae satisfaciat, atque adeo communiter dd. in praedictis casibus allegati semper supposuere, absque novo processu fieri posse executionem.

§. 21. Haec vero tantum eo pertinet, ut scilicet causa ipsa per sententiam indecisa non facile revocetur; alias rarissime contingere posse videtur, ut, quando contra tertium executi instituitur, absque omni contradictione vel litigio illa peragatur. Nam in singulis fere casibus certas supposui circumstantias, ob quas ex sententia condemnatoria contra alterum executio decerni possit, atque hae quidem ante omnia debent esse extra controversiam positae, alioquin executio fieri nequit. Quodsi itaque tertius circa has circumstantias dubia moverit, conveniens est executio ut quodammodo suspendatur, donec in liquido ponantur. Sic fere quoad omnes hactenus expensos casus requisitur, ut non per collusionem, aut sordes, aut gratiam, jurisve imperitiam male vel alias evidenter nulliter judicatum sit, nam hoc casu fraus et injuria facta condemnato non posset alium attingere, *l.* 44. *ff. in f. de re judic. l.* 5. *l.* 51. *ff. de evict. l.* 67. *ff. de fidei.* et praeterea illa ipsa remedia, quae contra intentatam executionem ipse condemnatus posset intentare veluti nullitatis, restitutionis in integrum, de quibus vid. dn. Johann. Samuel. Stryk. *de remed. contra rem. judic.* illa quoque non denegande erunt tertio, cujus omnino interest, avertere, quantum fieri potest, executionem. Atque hinc recte videtur statuere Faber. *in c. lib.* 7. *tit.* 22. *def.* 9. quod jus habeat postulandi, ut non tantum sibi sententia exhibeatur, sed etiam acta omnia, super quibus lata sententia est. Sic itaque licet alias sententia contra praelatum lata, noceat successori in beneficio, tamen aliud dicendum, si per collusionem vel contumaciam antecessoris lata reperiatur, de qua sicuti recte opponit, ita quoque ante omnia de ea exceptione cognoscendum, Faber. *in c. cit. l. def.* 11. Sic ubi quis scienter sequentem agere patitur, executio contra eum instituitur, *l.* 63. *ff. de re judic.* Sed quid si tertius ignorantiam opponat? quid si patientiam neget? utique de ea ante omnia videndum, et summarie, quia in terminis executivis versamur, ubi ipsum fundamentum, propter quod contra tertium agitur, excutiendum. Quid si neget, se causam ab eo habere, qui condemnatus est? Quid si evincere conetur, vitio litigiosi rem non esse affectam? (Nam dantur casus, ubi res lite pendente recte alienatur absque vitio litigiosi, de quibus vid. Franzkius *lib.* 1. *resol.* 11. *num.* 74. *seqq.*) Quid si objiciat, se doli haud esse participem, nec sibi constitisse, controversiam de re in actione personali motam fuisse, quod suppositum *in* §. 17. *hujus cap.* omnino audiendus est. Nam fundamentum, propter quod executio contra tertium fieri debet, omnino in liquido ante omnia ponendum, quamvis. ut antea jam monitum, summarie hoc expediendum sit, nec ipsa lis principalis propterea renovari debeat.

§. 22. Sic etiam cum executio ordine debeat fieri in ipsas res debitoris principalis, juxta *l.* 15. §. 1. *seq. de re judic.* per indirectum fieri potest, ut tertius, contra quem executio intentatur, justam habeat opponendi causam. Communiter asserunt, quod etiam contra debitoris debitorem fieri possit executio, Colerus *de process. executiv. p.* 2. *c.* 3. *n.* 461. *seqq.* quod etiam Ulpianus *in l. cit.* 15. §. 8. confirmat, asserens: *sic quoque judices exequuntur judicatum, ut nomina jure pignoris capiant, si nihil aliud sit, quod capi possit*, conf. *l.* 5. *c. de execut. rei judic.* dum enim ipsa nomina pignori capi possunt, certe debitoris debitor quoque executionem sustinere debet. Aut hic omnino audiendus, si justas exceptiones habeat. Quid enim si asserat, executionem demum in subsidium contra se esse faciendam, juxta *l.* 15. §. 8. *cit.* et sic exceptione excussionis se defendat? Quid si ratione propriii debiti justas habeat exceptiones, negandi debitum, compensationem, solutionem vel aliam exceptionem peremptoriam opponendi? hisce in casibus merito executio suspendi, et sic separato processu demum agendum, Coler. *cit. loc. num.* 463. *seqq.*

§. 23. Denique cum statim ab initio hujus capitis asserui, hodie post *r. i. de anno* 1654. non amplius

posse exceptiones peremptorias opponi ipsi executioni, quae statim litis contestationi annectendae erant, novum emergit dubium quoad tertium, an non is saltem exceptiones a condemnato omissas possit executioni oponere? Ponamus principalem agere passum esse sequentem v. c. uxorem, vel venditorem etc. et hanc omisisse exceptionem transactionis etc. an hanc adhuc ad sistendum cursum executionis objicere posset? quod negandum existimo. Nam eo ipso, quo sequentem defendere passus est, quod impedire poterat propria videtur voluntate condemnatus esse, *l.* 63. *ff. de re judic. in f.* et imputet sibi, quod litem ab eo non avocaverit, et in se susceperit, quod facile facere poterat. Neque obstat, quod §. *anteced.* admisi exceptionem in debitoris debitore, nam hic peculiaris adest circumstantia, et principaliter lis cum eo non fuit acta, et sic propriam exceptionem aliquo non potuit omittere. Quae alias circa executionem faciendam jura praescribunt, utpote communia et ubivis obvia, hic omitto, quippe in quibus nihil adeo singulare contra tertium occurrit.

FINIS.

DISPUTATIO TRIGESIMA QUARTA

DE DIVORTIO PROPTER INSIDIAS VITAE STRUCTAS,

DIE MAJI ANNO O. R. MDCCII.

RESPONDENTE

ESAIA PAULO MEMMINGERO, RATISBONENSI.

I N. I.

S U M M A R I A

Divortiorum usus frequens. §. 1.
Causae dissensus dd. in causis matrimonialibus. §. 2.
Divortium quid? §. 3.
Jure civili incognita est separatio quoad thorum et mensam. ibid.
Divortium totalem dissolutionem vinculi conjugalis denotat. §. 4.
Fundamenta hujus sententiae. ibid.
Explicatio loci Matth. 5. *ibid.*
Probatur ulterius sententia ex 1. *Corinth. VII*, 10. §. 5.
Consensus primitivae ecclesiae cum nostra sententia. §. 6.
Qua occasione coeperit de hac doctrina dubitari? §. 7.
Sublata divortiorum libertas ap. pontificios. ib.
Pontificiorum sententia de divortio inanis. §. 8.
Separatio quoad thorum et mensam quomodo retenta? ibid.
Differentia divortii et separationis quoad thorum et mensam. §. 9.
Utrum ob insidias vitae structas totale divortium admittatur? §. 10.
Rationes dubitandi. §. 11.
1) *Quod tantum duae sint causae divortii pleni. ib.*
2) *Quod in adulterio sit ratio specialis.* §. 12.
3) *Quod haec causa videatur ab ipso Christo exclusa.* §. 13.
4) *Quod illustratur.* §. 14.
5) *Quod nec Paulus hujus causae fecerit mentionem, et probabiliter illam excluserit.* §. 15.
Non videntur desertioni malitiosae aequiparari posse insidiae vitae structae. ib.
6) *Ex ratione Christi: quos Deus conjunxit, homo non separet.* §. 16.
7) *Quod matrimonium repraesentet unionem Christi cum ecclesia.* §. 17.
8) *Quod matrimonium sit foedus divinum.* §. 18.
9) *Quod nocens eo ipso finem per insidias intentum consequatur.* §. 19.
10) *In quem finem maxime apud nos retenta separatio quoad thorum et mensam.* §. 20.
Responsum de separatione quoad thorum et mensam ex capite saevitiae et furoris. ibid.
11) *Quod insidiae non possint referri ad illa delicta, quae vinculum connubiale laedunt.* §. 21.
12) *Quod aliis mediis imminenti malo succurri possit.* §. 22.
13) *Argumentum ab Hierologia petitum.* §. 23.
14) *Argumentum ab auctoritate juris canonici petitum.* §. 24.
Asseritur, divortio totali in hoc casu locum esse. §. 25.
Rationes decidendi. §. 26.
Gravius est delictum attentatum maritricidium quam adulterium. ib.
Cur Christus concesserit divortium ob adulterium? §. 27.
Mystica adulterii interpretatio. ibid.

Deus noluit causas divortii ad solum restringere adulterium. §. 28.
Par ratio in adulterio et attentato homicidio. ibid.
Quaenam praeterea causae praeter adulterium hic admittendae? §. 29.
Cur Christus tantum exceperit adulterium? ibid.
Ambiguitas vocis πορνειας. §. 30.
Ostenditur ulterius, non solum adulterium pugnare cum vinculo connubiali. §. 31.
Insidiae pugnant fini matrimonii. ibid.
Insidiae semper inferre videntur desertionem quamdam. §. 32.
Kizelii *sententia. ib.*
Separatio quoad thorum et mensam hoc casu est medium inidoneum. §. 33.
Cautio hoc casu insufficiens. ibid.
Novum argumentum ex ipso delicto desumptum, quia etiam olim solum attentatum homicidium punitum. §. 34.
Separatio quoad thorum et mensam non est dilatanda. §. 35.
Responsio ad dubitandi rationes. §. 36.
Quatenus Christus Matth. 5. loquatur exclusive? ib.
An magistratus plures causas legibus admittere possit? ibid.
An et quatenus sit specialis ratio in adulterio? §. 37.
Magis solvit fidem, qui insidias struit, quam qui est adulter. ibid.
Responsio ad tertium dubium. §. 38.
Respondetur ad quartum dubium. §. 39.
Moses etiam intelligendus de insidiis vitae structis. ibid.
Respondetur ad quintum dubium. §. 40.
Argumentum a diversitate religionis ad nostrum casum non stringit. ibid.
Respondetur ad sextum argumentum. §. 41.
Quomodo intelligendum dictum Christi, quos Deus conjunxit, homo ne separet? ibid.
Responsio ad argumentum septimum. §. 42.
Judicium de mystica repraesentatione matrimonii. ibid.
Respondetur ad argumentum octavum §. 43.
Responsio ad nonum argumentum. §. 44.
Resp. ad argumentum decimum. §. 45.
Respondetur ad undecimum remissive. §. 46.
Ad duodecimum. ibid.
Respondetur dubio penult. et ultimo. §. 47.
Quid hoc casu circa totale divortium requiratur? §. 48.
Remittenda pars nocens ad judicem secularem puniendo. ibid.
Requiritur insidiarum vitae structar. realis probatio actoris. §. 49.
Justus metus insidiarum facit locum divortii pleni. ibid.
Quo casu judex sedulo circumstantias observare debet. ibid.
Aliae vitae, aliae bonorum et honoris insidiae. §. 50.
Ob insidias honoris vel bonor. potest agi ad separ. quoad thorum et mensam. ibid.
Utrobique locus est divortio, sive maritus, sive uxor struat insidias. §. 51.
Conclusio. §. 52.

§. 1. Divortiorum usus, si antiqua respiciamus tempora, ita frequenter apud plerasque gentes fuisse cernitur, ut fere juris gentium dici mereatur, quatenus jus gentium pro moribus earumdem accipimus. Eumdem jam apud antediluvianos observavit Seldenus *de jure nat. juxta. discipl. hebr. lib.* 5. *c.* 9. De judaeorum vero divortiis attestantur s. literae; vid. Buxtorff. *integro tr. de spons. et divort.* et Seldenus *in uxore hebruea.* B. dn. Liuck. *dissert. de usu divort. sect.* 2. Et judaeos hac in parte imitati sunt Muhammedani. vid. Ant. Geufraeus in *tr. de turc. rebus et cerem. lib.* 2. Aegyptiorum mores non adeo ab his abhorrebant, ut eruditiores animadvertant, judaeos forsan morem hunc ab iisdem vidisse et didicisse. Vid. Buxtorff. *cit. loc. p.* 111. Quin et graecis familiaria erant. Alexand. ab Alex. *lib.* 4. *c.* 8. Joseph. Scaliger. *animadv. ad Euseb. n.* 20. Et denique de romanorum moribus testes habemus leges nostras, quibus adeo indulgebatur divortiis, ut etiam bona gratia vel ob levissimam causam admissa fuerint. Vid. A. Gellius *noct. act. lib.* 4. *c.* 3. et B. Linckius *cit. l. m.* Petr. Greg. Tholosanus *lib.* 9. *Syntagm. c.* 15. Arnis. *de jure connub. c.* 6. *sect.* 3. Sed sicuti singularium gentium jura circa divortia diversa deprehenduntur, ita etiam jura nostrorum temporum divortia quidem non adeo in totum reprobant, restrinxere tamen, et sub certis tantum causis eadem admiscere. Sed non sine ingentibus dd. dissensionibus, quae sicuti in materiis matrimonialibus sat frequentes sunt, ita quoque circa causas divortiorum mirifice sese exserunt.

§. 2. Neque adeo a via aberraturi videmur, si causas tantarum dissensionum adscribamus principiis juris canonici, quae incautae saepe a dd. adducuntur, et inde conclusiones efformantur, cum tamen eorum hypotheses circa matrimonii indolem merito a nostris sint reprobatae. Quando itaque praesens thema, *de dissolvendo matrimonio ob insidias vitae structas*, examino secundum dd. sententias, in diversa eosdem abire animadverto; quibusdam pro divortio pleno pugnantibus. quibusdem etiam tantum separationem quoad thorum et mensam admittentibus; quas sententias recte dijudicare haud possumus, nisi brevibus divortii naturam, et pontificiorum hypothesin, de separatione quoad thorum et mensam perlustraverimus. Quibus praemissis, non adeo difficile esse arbitror, de sententiarum inter se discordantium veritate et falsitate judicare.

§. 3. Ostendit autem divortii derivatio ipsa ejus intimam indolem: divortium enim a *divertere* descendit; quod proprie secessionem a recta via facere significat, vel etiam *diversitatem mentium* denotat, ut aliqui alludunt. Barnab. Brisson. in *tr. de verbor. signif. verb. divortium.* Quia itaque illi, qui divortium faciunt, matrimonii dissolutionem procurant, in jure etiam a se invicem divertere dicuntur, i. e. discedunt, vel in diversas partes abeunt, inter se quasi divisi. Kitzel. *in synopsi matrimon. cap.* 8. *theor.* 2. Gehrd. *in ll. theol. de conjug.* §. 561. Schneidew. *de nupt.* §. 4. *n.* 3. Et ita de jure romano divortium tollebat ipsum vinculum matrimoniale, quod effectus divortio annexi, ut et jura varia divortiorum, satis ostendunt, quae explicat Henric. Brouwerus *de jure connubiorum cap.* 31. nec erat eo tempore cognita sepa-

ratio aliqua quoad thorum et mensam, prout quidem postea ex principiis juris pontificii irrepsit, quamvis praelaudatus Brouwerus *cit. tr. c.* 29. *n.* 2. contrarium evincere velit, romanis jam cognitam fuisse ejusmodi seperationem per *l.* 32. §. 13. *de donat. inter vir. et ux. l.* 15. *ff. de act. rer. amot.* Sed vero tales secessiones, quae apud romanos frequentes erant, nullo modo possunt comparari cum hodierna separatione quoad thorum et mensam: illae enim utplurimum fiebant utriusque voluntate commoditatis gratia, privata auctoritate, nec ita, ut hodie, ob saevitiam vel alias causas indulgebantur, adeoque vix umbram separationis, si cum hodierna comparatio instituatur, habent, ut inde ne quidem argumentum a pari duci possit. dn. Praeses in *not. ad jus eccles. Brunnem. l.* 2. *c.* 17. §. 31. Arnis. *de jur. connub. c.* 6. *sect.* 2. Johann. Georg. Nicolai *de divort. et repud. c.* 5. *n.* 1. Unde de jure romano nullum aliud divortium erat cognitum, quam quod dissolveret in totum matrimonium. De judaeorum divortiis non est quod dubitemus, nec ibi ulla alia separatio videtur cognita fuisse. Cum vero hodie divortia publica merito suscipiantur et confirmentur auctoritate, hinc mores romanorum et judaeorum hactenus in eo non imitamur, adeoque hoc intuitu divortia sunt nihil aliud, quam *dissolutiones vinculi matrimonialis inter conjuges adhuc viventes, ex justa causa, publica consistorii auctoritate facte.* Lauterbach. *tit. de divort.* Brouwer. *de jur. connub. c. ult. n.* 2. Kitzel. *Synopsi matrim. c.* 8. *theo.* 2. et dd. communiter *ad tit. ff. de divort.*

§. 4. Dum itaque ad essentiam divortii requirimus dissolutionem totalem vinculi conjugalis, eo ipso fortiter contradicimus pontificiis, qui nullam talem dissolutionem in conceptu divortii admittunt, quod ex professo defendit Bellarminus *lib.* 1. *de matrimon. c.* 10. *seqq.* Contra quos tamen ex nostratibus plurimi jam classicum cecinerunt, uti Beustius *de matrim. p.* 2. *c.* 16. 20. 23. *seqq.* Schertzerus *in system. theol. lib.* 16. §. 18. Schilter. *in not. ad Aurel. Augustin. libros de divort. conjug. ad Pollent.* Gerhardus *in loc. theol. de conjug.* §. 563. *seqq.* Res interim salva est, et his constat fundamentis perspicuis; fundamentalis locus est *Matthaei v.* 32. ubi Salvator noster ita: *ego vero dico vobis, quod omnis, qui dimiserit uxorem suam, excepta fornicationis causa, facit eam maechari, et qui dimissam duxerit, maechatur.* Conf. *Matth. XIX*, 9. De quo textu ut recte judicare possimus, sciendum est, Christum ibi reprobasse pharisaeorum interpretationes et Judaeorum mores, qui divortia ex levioribus admittebant causis, et quia haec controversia inter Judaeos erat insignis, dum nonnulli Schammaeanorum sectam secuti solam turpitudinem stricte dictam admitterent, alii vero sectae Hillelianae dediti, quamlibet causam justam reputarent, quae sententia etiam recepta erat; Selden. *in ux. hebr. l.* 3. *c.* 20. *p.* 329. Christum tentare voluerunt pharisaei, *cit. cap.* 19. ut animadverterent, cuinam parti inter dissentientes faveret. Ex quibus constat, Christum fuisse interrogatum de dissolutione matrimonii quoad vinculum, haec enim tantum inter Judaeos erat cognita, et sic etiam responsio Christi de totali dissolutione intelligenda, dum aperte libertatem divortiorum ad unam causam, adulterii scilicet, restringit. Imo si aliam admittamus interpretationem, dicendum foret, (quod tamen absurdum) Christum per verba: *ego vero dico vobis*, doctrinam suam non corruptelis et falsis interpretationibus pharisaeorum, sed Mosi opposuisse, quippe qui de vera dissolutione loquitur. Conf. Gerhard. *in locis theol. de conjug.* §. 564. Johann. Buxtorff. *de sponsal. et divort. p.* 2. *n.* 5. *p.* 116. Ziegler. *ad Lancellot. lib.* 2. *tit.* 16. §. 9. *verb. si alter conjugum.* Neque enim verba Christi, quae *cit. loc.* adjunxit: *quae Deus conjunxit, homo ne separet*, absolute sumenda, quasi totalis dissolutio vinculi matrimonialis eo ipso sit prohibita. Uti enim Christus non absolute fuit interrogatus, ita etiam nec absolute respondit, neque his verbis totam decisionem quaestionis contineri voluit, quod ex ulteriori ejusdem declaratione apparet. Buxtorff. *cit. loc.* Id quod etiam clarissime ex rationibus decidendi patet, quae in hac controversia a Christo *Matth.* 19. adducuntur, ubi provocat ad primaevam conjugii institutionem, secundum quam matrimonium deberet esse indissolubile, adeoque inde infert, ex lege morali omne matrimonium esse indissolubile; ab hac tamen generali prohibitione excipiendam esse causam adulterii, quod directo cum natura conjugii pugnaret. Exceptio itaque de totali dissolutione est intelligenda, quia regula a Christo proposita loquitur de indissolubilitate vinculi matrimonialis. Conf. Gerhard. *cit. loc.* Quin quod Salvator secundum primaevam illam institutionem totam hanc controversiam decidens illum demum adulterium committere pronunciet, qui divortium ex causa non approbata faciens aliam duxerit. Ex quo firmiter inferri potest, illum adulterii reum non esse, qui ex causa probata repudiando uxorem aliam duxerit. Vid. Lightfoot. *Hor. hebr. in Matth. c.* 5. *et* 19. *p.* 278. Dn. Consil. Thomas. *diss. de crimin. bigam.* §. 40.

§. 5. Hisce iisdem fundamentis Paulus 1. *Corinth.* 7, 10. innititur, dum controversiam: *utrum fidelis cum infideli secure et salva conscientia possit in matrimonio subsistere?* decidit. Provocat enim ibi ad salvatoris nostri decisionem, uxorem a viro discedere non debere propter indissolubilitatem a Christo tantopere contra pharisaeos defensam, licet vel maxime disparitas religionis adsit, modo infidelis cum eo cohabitare consentiat. Adeoque hic tantum regulam a Christo datam confirmat, non excludens propterea exceptionem. B. dn. Linckius *de usu divort. sect.* 4. *m.* 4. sed potius subintelligens. B. Gerhard. *cit. loc.* §. 570. Id quod innuunt ipsa verba Pauli, dum pergit 1. *Corinth.* 7, 15. *Quodsi infidelis discedit, discedat, non enim servituti subjectus est frater aut soror in hujusmodi.* Si enim persona deserta libera est a lege viri desertoris, potest salva conscientia alii nubere, ut non adulterium committat, atqui ita ratio decidendi ipsius Pauli ipsam supponit exceptionem Christi *Matth.* 5. declarantem. Conf. B. Gerhard. *loc. c.* §. 570. Neque vero Paulus hic contrariatur Christo, dum etiam desertionem malitiosam pro legitima causa divortii pleni adstruit, cui theologi nostri et Jcti jamdudum evicerunt. Conf. Buxtorff. *de spons. et divort. p.* 2. *n.* 9. *p.* 126. B. dn. Brunnemann. *de jur. eccl. lib.* 2. *c.* 17. §. 26, ibique dn. Praeses *in notis.* Gerhard. *c. loc.* §. 624. Brouwerus *de jur. connub. l.* 2. *c.* 18. *n.* 12.

§. 6. Haec quoque doctrina non abhorret a praxi primitivae ecclesiae, quod probat Tertullianus *lib. de*

Monog. c. 9. verba Christi repetens, hoc modo: *quoniam qui dimiserit uxorem suam, praeterquam ex causa adulterii, facit eam adulterari* Conf. excellentiss. dn. Schilter *Histor. jur. circa dogma Ecclesiae de dissolut. matrim. quoad vinculum.* §. 6. *et seqq.* Imo et Justinus Martyr. *in Apologia pro Christianis* recenset, uxorem Christianam pietatis causa marito infideli et flagitioso repudium misisse, adeoque divortium fecisse. Nec ipse Gratianus dissimulare hoc potuit, quum in *c. quaedam.* 19. *caus.* 32. *qu.* 7. ita inquit: *quaedam cum fratre viri sui dormierit; decretum est, ut adulteri nunquam conjugio copulentur. Illi vero, cujus uxor stuprata est, licita conjugia non negentur*; quod idem quoque ex concilio Triburiensi confirmatur, *can.* 24. *caus.* 32. *q.* 7.

§. 7. Cepit vero temporibus subsequentibus de hac doctrina dubitari, praesertim cum Augustinus *in comment. ad Matthaeum* 5, hanc quaestionem reassumsisset, pernegans illam exceptionem regulae quoad dissolutionem matrimonialis vinculi, et potestatem alteri nubendi, quae tamen opinio non ubique approbata fuit, declarante dn. Schiltero *c. l.* §. 13. *et* 14. Quo facit decretum pontificis Zachariae, adductum a Gratiano, *can.* 23. *caus.* 32. *qu.* 7. ubi ita pronunciat: *concubuisti cum sorore uxoris tuae? Si fecisti, neutram habeas: et si illa, quae uxor tua fuerit, conscia sceleris non fuit, si se continere non vult, nubat in Domino, cui velit.* Add. dn. Linckius *de usu divort. sect.* 3. *membr.* 7. Semel tamen in dubium vocata ista doctrina sensim atque sensim progressus fecit, ita, ut in concilio foro juliensi *sub fin. seculi* 8. *can.* 10. libertas nubendi etiam post resolutum ex fornicationis causa matrimonium fuerit restricta, scilicet, ut vivente adultero secundae nuptiae minus licitae judicarentur, quod et in concilio nannetensi confirmatum fuit. Conf. Gonzalez Tellez in *not. ad c.* 1. *de divort.* Et quum denique inter pontificios falsa illa hypothesis, quod matrimonium sit sacramentum, stabiliretur, accedente publica conciliorum approbatione, tandem sublata est penitus omnis divortiorum libertas quoad vinculum absque distinctione; cui sententiae ut colorem adderent, provocarunt ad verba ipsius Salvatoris: *quos Deus conjunxit, homo ne separet.* Quibus etiam adhuc accessit approbatio concilii tridentini, *sess.* 24. *de matrimon. c.* 7. quod anathema dixit iis, qui asserunt ecclesiam errare, quando docet propter alterius adulterium matrimonii vinculum non posse dissolvi. Fuerunt tamen hac in re cauti admodum patres concilii tridentini, quod non simpliciter anathema dicere voluerunt, qui contrarium statuunt, ob rationem, quam fusius recenset Suavis *histor. concil. trident. lib.* 8. et ex eo dn. Ziegler. *ad Lancell. lib.* 2. *t.* 16. §. 9.

§. 8. Quamquam vero haec duo fulcra pontificiorum satis insania sint, cum hactenus non evictum, matrimonium esse sacramentum, vid. Ziegler. ad Lancell. *lib.* 2. *tit.* 2. §. 1. *p.* 301. et assertum Christi solum respiciat controversiam de libertate divortiorum *ex injusta causa*, id quod ipse contextus innuit. Vid. Buxtorff. *cit. loc. p.* 116. *et seq.* Tamen inde originem sumpsit *separatio quoad thorum et mensam*, quae apud pontificios tunc adhibetur, ubi Christus divortium plenum concesserat. Sicuti vero non inique Lutherus *tom.* 5. *Jenens. germ. fol.* 252. hanc separationem inanis animorum spectrum, *ein nichts, ja ein lauter Gespenst*, dixerit, cum, quatenus a pontificiis admittitur, revera contradictionem continet, ita in nostris ecclesiis post reformationem merito doctrina Christi de divortio pleno quoad vinculum restituta est; remansit tamen certis in causis *separatio quoad thorum et mensam*, et contra pontificios defensa, ita, ut jam communiter divortium *in totale et partiale* dividatur. Retinetur videlicet separatio illa hunc maxime in finem, ut sit medium temporale, quo vel majora inter conjuges evitentur mala, vel adigantur, ut tandem in gratiam redeant. Vid. dn. Praes. *in not. ad Brunn. j. c. lib.* 2. *c.* 17. §. 31. Linckius *cit. loc. sect.* 5. *memb.* 6. Brouwer. *de jure connub. lib.* 1. *cap.* 29. dn. Schilter. *in instit. jur. can. lib.* 2. *tit.* 12. §. 10. Carpzov. *part.* 2. *decis.* 180. *n.* 5. *et seq.* Johan. Georg. Nicolai *de divort. et repud. p.* 2. *c.* 5. *n.* 5. Richter. *consil.* 515. *vol.* 2.

§. 9. Differentiae utriusque divortii, imprimis in causis ejusdem, attenduntur: Aliae enim sunt causae divortii *totalis*, aliae *partialis*. Causae divortii totalis utplurimum tantum duae adstruuntur: nimirum *adulterium et desertio malitiosa* Kitzel. *in synopsi de matrimon. cap.* 8. *theor.* 4. Nicolai *de divort. part.* 2. *c.* 1. *num.* 24. Carpzov. *in jurispr. consistor. lib.* 2. *tit.* 11. *def.* 203. *et seqq.* Non tamen desunt, qui plures alias aeque graves admittunt, quas longa serie recenset Bruckner. *in decis. matrim. c.* 16. *n.* 1. quibus addi potest Johann. Miltonus *pecul. lib. de divort.* qui domestica fortassis calamitate irritatus, ut judicat Pufendorffius *de jure nat. et gent. lib.* 6. *c.* 1. §. 24. asserere conatur, etiam per principia religionis Christianae mores intolerabiles, disparitatem et renitentiam animorum inter conjuges esse justam divortii causam, qua in sententia etiam fuit dn. Rennemannus *in jurisprud. r. g. membr.* 1. *disput.* 42. *th.* 36. *lit. c. d.* cujus verba integra adduxit b. dn. Struvius *exerc.* 30. *thes.* 41.

§. 10. Equidem horum omnium sententias hic plenius excutere instituti ratio prohibet, quamvis infra quaedam de hac doctrina adducturi simus. Dilabimur tamen eo ipso ad quaestionem valde inter dd. agitatam, cujus gratia etiam praesens dissertatio conscripta est: annon etiam insidiae vitae alterius conjugis structae justam causam praebeant pro dissolvendo vinculo matrimoniali? Ubi, si dd. evolvo, deprehendo, plerosque id negare, et tantum separationi quoad thorum et mensam locum facere, vid. dn. Linckius *de usu divort. sect.* 5. *membr.* 6. Carpzov. *jurisprud. consist. lib.* 2. *def.* 217. *n.* 2. Beust. *part.* 2. *de matrim. cap.* 9. Wamesius *consil. jur. pontif.* 349. *n.* 9. *et seq.* Brouwer. *de jure connub. lib.* 2. *cap.* 29. *num.* 11. Arnis. *de jure connub. c.* 6. *sect.* 10. *n.* 26. *et seqq.* Johann. Georg. Nicolai *de divort. cap.* 5. *num.* 30. *et* 31. Gerhard. *in loc. theol. de conjug.* §. 683. Dedekenn. *vol.* 3. *consil. theol. lib.* 4. *sect.* 2. *et sect.* 8. *n.* 3. 4. 5. Richter. *vol.* 1. *part.* 5. *consil.* 17. *n.* 19. Schilter. *in respons. argentor. sub n.* 81. B. dn. Ziegler. ad Lancell. *lib.* 2. *tit.* 16. §. 9. *verb. thori tantum fiat separatio etc.* Conf. praejudicia consistorii heuuebergensis apud dn. Bruckuerum *in decision matrim. c* 25. *n.* 9.

§. 11. Fundamenta hujus sententiae communis adeo apud plerosque applausum meruerunt, ut vix illa in

dubium vocula fuerint, ex quo factum est, ut doctores non adeo solliciti fuerint in compilandis multis argumentis hanc sententiam confirmantibus, ceu ordinarie fieri solet, quoties adversarii non adsunt. Rationes itaque magis ex mente eorum, quam verbis proferre licebit, ut etiam intactum nihil relinquatur, quod ab adversariis probabiliter pro hac sententia afferri posse visum fuerit. Et quidem (1) illa ab omnibus statim afferri solet ratio, quod Christus nullam aliam divortii causam, praeter adulterium, admiserit, *Matth.* 5. sicuti itaque exceptio firmat regulam in casibus non exceptis: ita eodem modo dicendum videtur, hic regulae a Christo contra pharisaeos defensae standum, quum insidiae vitae structae a Christo non fuerint exceptae a regula. Accedit, quod Christus videatur loqui *exclusive* in excipiendo adulterio, ita ut ejus sensus in haec duo membra commode dissolvi posse videatur: (1) Matrimonium est indissolubile, nec (2) quaevis causa ad id dissolvendum admittitur, quam tantum adulterium. Quicquid itaque non est adulterium, illud non solvit vinculum conjugii: atqui insidiae vitae structae non habent rationem adulterii: e conf. Mentzer. *tom. 4. disp. marpurg. disp.* 15. *th.* 99. *seq.* ubi particulas illas, quae in graeco textu habentur, παρεκτὸς, καὶ εἰ μὴ esse exclusivas ex aliis parallelis locis scripturae s. ostendit, quam sententiam etiam approbat Gerhard. *in loc. theol. de conjug.* §. 564. et critici communiter ad locum Christi *Matth. v.* 32. *et* 19, 9.

§. 12. Porro II. exceptionem hanc unicam fundari in natura ipsius conjugii asserunt, quae adeoque non commode ad alias possit extendi causas. Ideo enim causam adulterii a generali prohibitione divortii exceptam fuisse contendit Gerhard. *c. l.* quod conjuges ex primaeva Dei institutione sint una caro, *Gen. II*, 24. *Matth. XIX*, 6. Sed uxor, quae fornicatur, fit una caro cum adultero, et maritus, qui fornicatur, fit una caro cum scorto, uti Paulus philosophatur. 1. *Corinth. XVII*, 16. Ergo hic specialis ratio esse videtur, quod non amplius maneat vinculum unitatis conjugalis, sed nefarie per adulterium disrumpatur, adeoque adulteram posse repudiari. Inde jam inferunt quoque dd. hoc casu dissolvi ipso jure matrimonium, non exclusa tamen declaratoria judiciali sententia, quia ante omnia constare debet de veritate perpetrati criminis, nisi ipsum delictum sit notorium. Carpzov. *jurispr. consist. lib.* 3. *tit.* 5. *def.* 69. Nicolai *de divort. et repud. p.* 2. *c.* 1. *n.* 65. *seqq.* Cum itaque adulterium tollat ipsum fundamentum matrimonii, juxta Carpzov. *cit. loc. n.* 10. et sic specialem rationem habeat, non videtur idem dici posse de insidiis vitae alterius conjugis structis, nam et sic censetur nihilominus adhuc durare vinculum conjugale; quum fundamentum matrimonii, quod in fide non quavis, sed *conjugali*, et ad finem matrimonii praescriptum tendente consistit, non tollatur.

§. 13. Et haec sententia (III) videtur sententiae et menti ipsius Christi satis congrua. Cum enim ipsi controversia, tunc temporis valde inter judaeos agitata, proponeretur, et Pharisaei in duplici errore circa divortiorum doctrinam haererent (1), quod divortium in lege Mosis esset praeceptum (2), quod ex lege Mosis illud permitteretur ob quascumque causas; Christus haec quoque duo membra tangit, et quoad prius membrum respondet, Mosem divortia concessisse propter Σκληροκαρδίαν eorum, non vero praecepisse, quin potius tantum indulsisse, ceu pluribus declarat Buxtorff. *de spons. et divort. p.* 2. §. 3. *seqq.* Ad alterum membrum respondet, non esse divortium concedendum ob quascumque causas, sed tantum ob adulterium. Hinc inferunt dissentientes, si Christus voluisset, ut etiam insidiae vitae structae essent justa causa dissolvendi matrimonium quoad vinculum, procul dubio id quoque expressisset, cum tamen tantummodo excluserit causam adulterii. Dum itaque Christus respondit ita ad quaestionem: *licetne homini dimittere uxorem suam quavis ex causa?* simpliciter negative excepto solo adulterio; fortiter contradicere voluit Pharisaeis, qui admittebant etiam sine omni dubio divortia ob insidias vitae structas, quam ob leviores admiserint. Ex quo probabiliter infertur, Christum etiam hanc causam excludere voluisse.

§. 14. Ex quo alterius (IV) inferunt, quia Christus, Mosem explicans, ostendit, nullum praeceptum divortii proprie dicti occurrere, sed tantum legis *indulgentiam et licentiam*; haec vero, quum ob Σκληροκαρδίαν demum sit indulta judaeis, h. e. ut explicat Buxtorffius *de divortiis et sponsal. cit. loc. p.* 120. ob pertinacem, contumacem obstinationem, et inflexibilem judaeorum duritiem, hinc merito fundamentum hujus licentiae omnino esse odiosum, et Deo non adeo probabile. Quemadmodum itaque, ceu ex regulis bonae interpretationis constat, odiosorum stricta est faciendа interpretatio, adeo, ut extensio de casu ad casum non sit admittenda, ob *c. odia. de r. j. in* 6. ita et hic dicendum videtur, omnem excludi debere extensionem. Neque enim sub causa adulterii necessario continetur insidiae vitae structae, sed potius, si has pro causa sufficienti admittere velimus, opus videtur interpretatione extensiva, quae tamen in hac materia exulat.

§. 15. Non leve quoque (V) praesidium pro sententia hac constituit, quod Paulus Christum explicans 1. *Corinth. VII*, 10. *seqq.* non faciat mentionem hujus exceptionis, sed simpliciter asserat: *iis, qui matrimonio juncti sunt, praecipio, non ego, sed dominus, uxorem a viro non discedere*, adeoque itidem scopus Pauli est, coercere levitatem et libertatem divortiorum. Quin imo cum addat religionis disparitatem nequidem solvere matrimonium, quae tamen tunc temporis, ubi christiani apud omnes in odio ingenti erant, valde animos hominum a se invicem abalienabat, *videtur* dicendum idem de insidiis vitae structis, quae itidem ab alienationem animorum quidem inferunt, sed tamen ex Pauli doctrina haec non videtur esse sufficiens causa pro dissolvendo quoad vinculum matrimonio. Accedit, quod Paulus quidem malitiosam desertionem ibi admittat, et parti nocenti facultatem tribuat aliud matrimonium contrahendi, quae tamen non deprehenditur in insidiis vitae structis. Nam illa demum fit, quoties vel localiter alter conjugum alterum *malitiose* deserit, vel debitum conjugale pertinaciter denegat, quo casu demum licitum est divortium. Gerhard. *de conjug.* §. 624. Haveman. Gamol. *lib.* 3. *t.* 7. §. 3. Da. Praes. *tr. de diss. spons. sect.* 5. §. 8. Tales vero desertiones in insidiis vitae structis non deprehenduntur, nec per se eis annexa est malitiosa desertio, praesertim cum in tali casu soleant homines, ne suspicio insidiarum oriatur dissimulationibus uti, et aliud agere,

aliud vero mente concipere. Potest itaque casus dari, ubi insidiae vitae alterius conjugis struuntur, ut tamen nulla subsit desertio malitiosa. Et denique si quoque adsit talis desertio, fiet divortium ob causam concurrentem, non ob insidias vitae structas. Unde etiam negat Gerhard. *de conjug.* §. 631. saevitiam aequiparari desertioni.

§. 16. Illud quoque consideratione dignum esse judicant, quod (VI.) Christus *Matth. XIX.* provocet ad primaevam institutionem, addens rationem: *quos Deus conjunxit, homo ne separet.* Unde inferunt, in dubio magis pro matrimonio conservando, quam eo dissolvendo esse pronunciandum, praesertim, cum in hac materia occurrant plura dubia, nec Christi nec Apostolorum hac de re voluntas satis liquida sit. In dubio autem dicunt, securiorem viam esse eligendam. Unde Gisbertus Voetius *polit. eccl. p.* 1. *lib.* 3. *tr.* 1. *sect.* 3. *c.* 3. *qu.* 10. maluit in quaestione hac ἀνίκητον, quam aliquid determinare. Accedit, quod matrimonium in *c. f. x. de sentent. et re judic.* ad causas favorabiles referatur, adeoque in dubio pro ejus conservatione pronunciandum sit, uti communiter ex hoc textu inferunt canonistae. Conf. Brückner. *decis. matrim. c.* 19. §. 45. Paul. Cypraeus *de jure connub. p.* 1. *de sponsal. c.* 4. §. 14. Beust. *de sponsal. p.* 1. *cap.* 9. Kitzel. *synops. de matrim. c.* 4. *theor.* 9. *lit. b.* Engel. *in colleg. jur. can. ad tit. qui matrim. accus. poss. n.* 9.

§. 17. Sat speciose quoque (VII.) pro hac sententia pugnat mystica illa repraesentatio unionis cum ecclesia, quae in matrimonio latitare creditur. *Eph. V*, 42. Equidem pontificiorum ineptias de Sacramento matrimonii hic intactas relinquo; vid. interim Brouwer. *de jure connub. lib.* 1. *c.* 9. *n.* 345. Gerhard. *loc. theol. de conjug.* §. 16. *seqq.* cum solummodo nihil res sit cum nostratibus, eorumque hypothesibus, inter quas autem, ut puto, neutiquam haec pontificiorum sententia erit. Interim ex hoc typo idem non raro inducere solent, quod pontificii ex hypothesi sua de sacramento matrimonii inferunt. Neque tantum in N. T. in matrimonio latitare videtur mysterium illud unionis Christi cum ecclesia, cum illud jam in V. T. Prophetis et Patriarchis innotuerit, quod vel Salomon ostendit, ex professo scribens Epithalamium de nuptiis inter Christum et ecclesiam. Vid. Chemnit. *in exam. concil. Trid. in c.* 1. *de matrim.* Id ipsum quoque evidens est ex *Jeremia III*, 9. *Revertimini*, inquiente, *filii adversantes dictum Jehovae, nam ego conjugio junctus sum vobis.* Conf. *Hos. II*, 19. et *Ezechiel. XVI, per tot.* Ex quo jam inferunt duplicem matrimonii involvere respectum, (I.) *spiritualem*, quatenus sub matrimonio inumbratur unio illa indissolubilis Christi cum ecclesia (II). *Civilem*, quatenus denotat societatem maris et foeminae liberorum procreandorum causa institutam, Conf. Gerhard. *loc. cit.* §. 33. Ex quo jam infert Carpzov. *in jurispr. consist. lib.* 2. *def.* 21. *n.* 7. inquiens: *matrimonium non est contractus tantum civilis, sed res conscientiae et tale negotium, cui character spiritualis est impressus, quippe foedus matrimonii sanctissimum non tam a contrahentium consensu, quam Dei auctoritate et voluntate dependet.* Ex hisce suppositis jam probabiliter inferri potest, neque in nostro casu dissolutioni quoad vinculum locum esse posse, propter arctissimum illum nexum, qui in matrimonio latitat, et propter respectum illum spiritualem, quem omne matrimonium prae se fert. Ex quo rursus Carpzov. *c. l. n.* 8. infert: *est hinc matrimonium de causis spiritualibus, sive ecclesiasticis, de quibus vere ait pontifex, ea quae spiritualia sunt, et conscientiam concernunt, facilius construuntur quam destruuntur,* in *c. inter corporalia.* 2. *x. de translat. episcop.*

§. 18. Ex hac hypothesi fluere videtur, quod matrimonium sit juris divini, et contineat foedus divinum, uti loquitur Tarnovius *de conjug. lib.* 1. *c.* 86. *qu.* 3. id quod rursus novum (VIII.) argumentum contra totalem quoad vinculum dissolutionem in casu praesenti constituere videtur. Quam assertionem desumere solent ex *Proverb. II*, 17. *Malach. II*, 14. Cum enim Deus sit auctor conjugii, et benedictione sua in prima institutione confirmaret, adeoque ab arbitrio humano ejus vinculum non dependeat iniquissimum videtur, divellere illud vinculum ob causam a Deo nullibi approbatam, qualis est casus praesens, quem excutimus: cum tamen foedus matrimonii sit sanctissimum, quod non a contrahentium, sed a Dei auctoritate dependet, ut loquitur Cypraeus *de sponsal. c.* 13. §. 11. *n.* 2. Quae si supponamus, firma adversus dissolutionem totalem potest inde elici conclusio. Alioquin enim in alterius arbitrio positum esse videtur delicto suo se eximere ab obligatione matrimoniali. Quid enim facilius foret, quam fingere insidias, vitae alterius conjugis struendas, et ita innocentem conjugem irritare, ut ad totalem dissolutionem agat, id quod alter forsam unice intendit. Ex quo tamen conjugale vinculum in ludibrium quoddam facile converti possit.

§. 19. Ex quo jam novum (IX.) contra totalem dissolutionem videtur deduci posse argumentum. Videlicet, qui sui conjugis vitae insidias struit, ejus est intentionis, ut ab ipso liberetur, nec ita ulterius cum eo cohabitare teneatur. Jam vero si asseramus, ob insidias vitae structas posse a parte innocente peti totalem dissolutionem vinculi conjugalis, favore afficitur singulari ille, qui odium meruit, imo per indirectum finem intentatum assequitur, et sic ex suo delicto meliorem suam conditionem facere videtur, quod principiis juris adversatur, *l.* 134. §. 1. *de r. j.* Ne itaque liberetur ab onere alendi uxorem et aliis oneribus matrimonialibus ferendis, congruentius principiis juris videtur esse, unice hic concedere separationem quoad thorum et mensam. Quo ipso simul uxori innocenti satis consultum erit.

§. 20. Speciem quoque (X.) huic sententiae affert, quod in nostris ecclesiis, uti supra monitum, inprimis ob hunc finem retenta sit, separatio quoad thorum et mensam, ut matrimonium saltim ad certum tempus suspendatur, et animorum reconciliatio obtineatur, et majora mala, homicidium, veneficium aliaque incommoda quamplurima, quae exinde metuuntur, inter conjuges impediantur, salvo interim et illaeso manente vinculo conjugali. Carpzov. *p.* 2. *def.* 180. Brouwer. *de jure connub. l.* 1. *c.* 20. Nicolai *de divort. c.* 5. *n.* 5. Schurff. *cent.* 1. *cons.* 42. Havemann. *in Gamol. lib.* 3. *tit.* 10. §. 3. Bruckner. *in decis. matrimon. c.* 25. *n.* 6. Hinc etiam communiter a dd. potissima ratio retentae separationis quoad thorum et mensam constituitur nimia saevitia mariti, h. e. si ul-

tra modum in uxorem saeviat, vel etiam mortem aut verbera atrocia (*mit Arm und Bein entzweyschlagen*) uxori minetur, Bruckner. *cit. loc. n.* 18. Nicol. *cit. loc. n.* 24. Ziegl. ad Lancell. *lib.* 2. *tit.* 16. §. 18. et fusius Brouwer. *de jure connub. lib.* 2. *c.* 29. *n.* 11. *seqq.* et alii plures, quos allegat Kitzel. *synopsi de matrimon. c.* 8. *theor.* 6. *lit. e.* qui omnes concludunt, hoc in casu non plenum divortium, sed tantum separationem quoad thorum et mensam locum habere. Jam vero sine dubio ad illam saevitiam graviorem pertinent insidiae vitae alterius structae, et in his quoque obtinetur finis, propter quem separatio in nostris est retenta ecclesiis. Et huc spectare videtur responsum, quod a dn. Schilter. *in argentor. respons. sub n.* 81. adductum est, id quod illustrationis gratia integrum hic referre lubet:

Anna Margaretha c. contra M. Joh. B.

Illa bittet separationem quoad thorum et mensam, weilen er sie nicht allein an ihren Ehren öffters angegriffen, und eine jedermans Hure gescholten, sondern auch unterschiedlich mal ohn Ursach so grausamlich geschlagen, dass sie sich bey andern ehrlichen Leuten nicht dörffen sehen lassen: Bey naechtlicher Weil kein Licht in der Schlaffkammer dulden wollen, ein Messer mit sich in das Ehebette genommen, Ihr mehrmalen im Schlaff nach der Gurgel gegriffen, und auf kein Zusprechen weder Geist- und Weltlichen sich bessern wollen, auch von seinem furore nicht befreyet, sondern allein seine dilucida intervalla habe. Er ist der Beschuldigung nicht abredig, vermeynet aber mit Einwendung ein-und andern liederlichen excusation selbige zu vertheidigen. Dass sie ihme aber zu geklagten übeln Tractament Ursach gegeben habe, ist für eins nicht vermuthlich, quia delicta non praesumuntur. Sie hat fürs ander mit ihren ersten Herrn eine solche friedliche Ehe besessen, dass die geringste Klage wider sie niemalen vorkommen, etc. Wann dann nun ehrliche Matronen, die sonderlich eine vernünfftige, ruhige, und gute Ehe vorhin besessen, weder dergleichen Ehren-Verletzungen, noch tyrannische Schlaege vertragen können, sondern ihnen in gemeinen Rechten hiebevor erlaubt gewesen sich der gaentzlichen Scheidung hierwieder zu bedienen, quia verbera ingenuis aliena sunt. l. 8. §. 2. *et* 3. *c de repudiis.* Et si cum flagellis aut fustibus fiunt, injuriosa sunt *novell.* 117. *c.* 14. *ibique* Gothofr. *Heutiges Tages aber vielmehr die separationem quoad thorum et mensam begehren können: c.* 8. *et* 13. *de restit. spol. c. de bened.* 32. *q.* 1. *Saevitia. ax.* 1. quia saevitia aequiparatur desertioni. *d. ax.* 1. *desertio. in m. n. maritus. Und einer jeden Chirstl. Obrigkeit von Amtswegem obgelegen, sorgfaeltig zuverhüten, dass keine machinationes und gefaehrliche Nachstellungen, so irgend an das Leben, zwischen Eheleuten verübet werden. l. ult. in fin. c. de furtis.* G. Everhard. 2. *consil.* 32. *n.* 35. *Separatio in m. n. vorgehen mögen. Also halte ich dafür, dass seine verübte Schmaehung, saevitia, machinatio und Unrichtigkeit des Verstandes genugsame Ursachen seyen, ihr mit begehrter Ehescheidung zu Tisch und Bett zu willfahren: bevorab weil keine Besserung bey ihme wegen seines übermachten Hochmuths zu hoffen, nachdem er auch zu Speyer bey seinem Rectorat-Dienst nicht verbleiben können: vielweniger cautionem de non offendendo zu praestiren vermag, oder Klaegerin derselben trauen darff.*

SENTENTIA

In Ehesachen Anna Margaretha C. Klaegerin, *an einem, wider ihren Ehemann, M. Joh. B.* Beklagten, *am andern Theil, ist auf erhabene* Klage, *und eingezogene inquisition auch übrigen Vor-und Einbringen nach mit Urthel zu recht erkandt, dass* Klaegerin *den Beklagten zu Tisch and Bett ferner ehelich beyzuwohnen umb vorgebrachter, und in der Geschicht erfundener erheblicher motiven willen, nicht schuldig, sondern von ihme zu separiren seye, als wir sie beede dann auch hiemit durch unsern Richterlichen Spruch besagter massen von einander scheiden. Publ. den* 3. *dec.* 1662.

§. 21. Quidam, inter quos etiam est Arnis. *de jur. connub. c.* 6. *s.* 10. *p.* 324. et Kitzel. *synops. matrim. c.* 8. *theor.* 3. *lit. g.* ad naturam hujus delicti respicientes inde novum argumentum (XI.) pro sua sententia constituunt. Distinguendum enim putant inter delicta directo ipsum vinculum conjugale tangentia, et inter delicta diversi generis. Illorum delictorum duo tantum admittunt, scil. adulterium et malitiosam desertionem, et haec demum solvere matrimonium credunt, quia directo delicta talia fidei matrimoniali vim inferunt, quae tamen ratio in aliis quibuscumque delictis cessare videtur. Ex quo inferunt, neque furtum neque homicidium, neque plagium aliudve crimen, quod matrimonii substantiae non repugnat, sufficientem causam esse, ut matrimonii vinculum intercidatur. vid. *c. quaesivit.* 2. *x. de divort.* Brouw. *de jur. connub. lib.* 2. *c. ult. n.* 22. Nicol. *de divort. p.* 2. *c.* 1. *n.* 25. Dn. Praes. *de dissensu sponsal. sect.* 6. §. 16. Carpz. *jurispr. consist. lib.* 2. *def.* 203. Gerhard. *de conjug.* §. 682. Beust. *de jur. connub. p.* 2. *de matrimon. c.* 13. Respons. Argentor. a dn. Schiltero edita *resp.* 71.

§. 22. Non parum quoque stringere videtur (XII) illa ratio, quod nunquam ad totale divortium deveniendum, quoties adhuc alia remedia sufficientia supersunt, quibus imminens conjugi malum averti possit. Jam autem, si probatum fuerit, structas esse insidias vitae, judex cautionem de non offendendo ulterius uxorem exigere debet et solet, ut eo ipso facilius obtineatur reconciliatio a parte uxoris, saevitiam ulteriorem a parte mariti metuentis. Ex quo concludi potest, ne quidem statim ad separationem quoad thorum et mensam hoc casu procedi posse, quoties per talem cautionem secura fieri potest mulier. v. Carpz. *cit. loc. def.* 218. *n.* 12. quo et directo tendunt decreta a Carpzov. subjecta, hisque verbis concepta sunt: *Dass* Klaegerin *ihren Ehemann, ehe und zuvor Er Ihr genugsamen Vorstand, Sie NB. an ihren Leib und Leben nicht mehr zugefaehren, und mit nothdürfftigen Unterhalt zu versorgen, bestellet, beyzuwohnen nicht schuldig.* Imo et illud quoque ulterius patet inde, quod etiam aliquando admitti possit cautio juratoria, si uxor huic cautioni fidere velit, uti judicat Carpz. *c. l. def.* 219. *n.* 5. quo casu iterum juramentum ad hunc casum, de quo disputamus, dirigi solet, his verbis: *Ich N. N. schwere hiemit einen Eid zu Gott, dass ich hinführo mein Weib N. an ihren Leib und Leben*

nicht beschaedigen noch gefaehren wolle, als mir Gott helffe durch Jesum Christum unsern Herrn. Conf. Dedekenn. *in consil. theol. vol.* 3. *lib.* 4. *sect.* 2. Beust. *de matrim. p.* 2. *c.* 9. Nicol. *de divort. p.* 2. *c.* 4. *n.* 41. Dum itaque per cautionem talem sufficienter securitati alterius conjugis prospici potest, adeo, ut si uxor in illam consenserit, nequidem possit locum habere separatio quoad thorum et mensam. Carpz. *cit. loc. def.* 220. *et* 221. Nicol. *c. l. n.* 56. *seqq.* imo si justas dissentiendi causas non habeat, cur cautionem recipere nolit, ad hoc cogi posset. Nicol. *c. l. n.* 58. Carpz. *cit. loc.* indeque non videtur hoc casu unquam locus esse posse totali divortio. Ex quo porro inferunt dd. quia post decretam separationem quoad thorum et mensam ex capite saevitiae, vel insidiarum vitae structarum, reconciliatio fieri possit, altero conjuge ad frugem redeunte et mores suos corrigente, tunc omnino revocandam esse vitae consuetudinem, adeo, ut alter conjux refractarius, causa cognita, ali quando juste ad hoc cogi possit, quod tamen amplius obtineri nequit, si dicamus, divortium plenum hic concedi debere. Carpz. *c. l. def.* 216. Havemann. *in Gamol. lib.* 3. *tit.* 10. *circa fin.* Inde Brouwer. *de jur. connub. l.* 2. *c.* 19. *n.* 18 notanter sit: *D bet in marito poenitentiae esse locus, in uxore veniae. Iracundia, ultionis cupiditas, adversae mentis pertinacia a conjugibus abesse debent. Qui correxit vitam et emendavit mores, substulit separationis causam, ut ea sublata effectus quoque cessare debeat. Pauli praeceptum est: mulier separata reconciliator viro.* 1. *Cor. VII*, 11.

§. 23. Addi posset et (XIII) illud dubium, quod Hierologia seu benedictio sacerdotalis jam accesserit, adeoque illud non facile dissolvi debeat. Equidem vix suspicor, dd. qui hanc sententiam fovent, ad hanc rationem aperto Marte provocaturos esse, cum in nostris quidem ecclesiis conclamatum sit, benedictionem sacerdotalem ad substantiam matrimonii non pertinere. v. Brouwer. *de jur. connub. lib.* 2. *c.* 27. *n.* 14. Joach. Hildebrand. *de nuptiis vett. christian.* dn. Praes. *ad jus eccles.* Brunn. *lib.* 2. *c.* 16. §. 6. Theologi Jenenses ap. Dedekenn. *fol. m.* 850. ubi contra M. G. D. hoc dogma confirmarunt. Interim tamen huic rationi ex auctoritate Hierologiae nimium indulgent in aliis similibus materiis, quando v. c. quaestio oritur de sponsalibus posterioribus, quibus illa accessit, an jam sint priora postponenda? Ubi plurimi ob sanctitatem et auctoritatem Hierologiae id asserunt, quos tamen jam refutavit plenius dn. Praeses *de diss. sponsal. sect.* 4. *c.* 2. §. 5. *seqq.* Dum itaque nimium huic tribuunt, forsan etiam hanc pro sua adducere possunt sententia.

§. 24. Et denique (XIV) juris canonici auctoritas multum stabilivit hanc sententiam. Quemadmodum enim vulgatum dd. assertum est, in rebus conscientiam tangentibus sequenda esse decisa juris canonici, ita etiam incaute saepe in matrimonialibus sequuntur illud ipsum jus, non examinando rationes seu principia unde ejusmodi profluxerint conclusiones. Audiamus vero decisionem juris canonici. Ita enim legitur in *c.* 1. *x. de divortiis: si qua mulier in mortem mariti sui cum aliis consiliata est, et ipse aliquem illorum se defendendo occiderit, potest ipse post mortem uxoris, si voluerit alium ducere: ipsa autem insidiatrix poenitentiae absque spe conjugii stet subjecta.* Ex quo concludunt, quod quia demum post mortem uxoris aliam ducere possit, vivente ea matrimonium plene dissolutum non fuerit. Et cum praxis consistoriorum nostrorum jus canonicum hac in parte sequitur, ceu supra §. allegati dd. evincunt, non adeo mirandum, quod plerique huic sententiae institerint, ut fere communis facta.

§. 25. Et hactenus fideliter fundamenta sententiae, quae separationem quoad thorum et mensam tantum admittit, recensui. Quae si examino, animadverto illa non concludere, nec evincere, quod probandum erat. Ex quo statim inducor, ut asseram, veriorem esse sententiam contrariam, scil. dissolutionem vinculi conjugalis ob insidias vitae structas esse omnino admittendam. In qua sententia eo magis confirmatus sum, postquam deprehendi, non paucos magnae auctoritatis doctores a nostris stare partibus, quamvis plenius hanc sententiam non semper excusserint. Praeterquam enim quod dn. Praeses *de diss. sponsal. sect.* 5. §. 9. *seqq.* jam illam adstruxerit sententiam, alii quoque jam idem asseruere, inter quos praecipui sunt Bruchner. *in decis. matrimon. c.* 18. *n.* 20. ubi etiam in calce capitis duo praejudicia adducit. Miltonus *lib. pecul. de divorti* Melanchthon. *de conjugio*, cujus verba exhibet Hemmingius *p.* 1035. Rennemann. *in jurispr. Rom. German. memb.* 1. *disp.* 42. §. 35. *sub lit. b.* cujus sententiam videtur quoque approbare dn. Struv. *exerc* 30. *th.* 41. id quod clarius exprimit in *diss. de divort. c.* 4. §. 9. constatum nempe veneficii facere locum divortio Add. b. dn. Müller. *in notis suis ad praelaudati auctoris ex.* 48. *th.* 58. *in fin.* Boeckelmann. *in meditationibus inaugural.* ubi adhuc plures adducit Jctos et Theologos, qui ob alias quoque causas, quam ob solum adulterium et malitiosam desertionem divortium plenum admittunt. Et quamvis b. Linskius, ceu supra §. 10. diximus, alibi dissentientium castra secutus, tamen vela retraxisse videtur *in comment. ad decretal. tit. de divort.* §. 10. Conf. Sarcer. *de sancto conjugio p.* 4. *p. m.* 155. *et* 156. Joh. Kitzel. *synopsi matrimon. c.* 8. *theor.* 6. *lit. i.* Althus. *Dicaeol. lib.* 1. *c.* 74. §. 31. Bruckner. *cent.* 3. *qu.* 4. Wesemb. *in paratitl. ff. de matrimon. n.* 11. Dedekenn. *vol.* 3. *lib.* 4. *sect.* 4. *n.* 6. *et sect.* 6. *n.* 14. *p.* 356. Monner *de matrim. p.* 3. *c.* 13. Farinac. *qu.* 149. *n.* 155. Scherzer. *in system. theol. loc.* 27. *de conjug.* §. 18. aliique, qui ab his, speciatim vero a Brucknero, allegati sunt.

§. 26. Ne vero hic solis dd. auctoritatibus pugnare velle videamur, in medium producamus fundamenta, pro nostra sententia pugnantia. Ubi primo loco merito vim argumenti, quod tangit illustr. dn. Praeses *de dissensu sponsal. sect.* 3. §. 9. admittimus. Videlicet concedunt dissentientes, ob adulterium licitum esse divortium. Cur vero non aeque ob attentatum mariticidium, vel uxoricidium? Major certe ratio est in ultimo quam in priori casu. Equidem adultera fit perfida, et fidem matrimonialem frangit. At quae insidias vitae mariti struit, et perfidiae et homicidii attentari rea est, quo ipso vinculum matrimoniale dirimere totis annititur viribus. Quaenam itaque est perfidia major inter socios tam intime, tam arctissime conjunctos, quam si alter alterius vitae insidietur! In solo adulterio quidem moecha socium amoris petit, sed tamen adhuc marito suo adhaeret, eumque nihilominus amare potest, adeoque

non ita vinculum conjugale violento modo dissolvere conatur, uti quidem conjux attentans homicidium. Cum itaque major ratio sit in insidiis vitae alterius conjugis structis, merito eodem modo admittimus in hoc casu divortium, quo Christus illud admisit ob solum adulterium. Gutierez. *comm. quaest. lib.* 1. *c.* 24.

§. 27. Quae connexio ut eo clarior appareat, imprimis videndum de natura adulterii, et cur Salvator noster imprimis adulterium exceperit. Ipsi theologi, quando ad hanc materiam dilabuntur, argumenta ex ipsa natura adulterii petere solent, ubi contra pontificios pro dissolutione totali disputant. Sic Gerhard. *de conjug.* §. 564. ideo Deum adulterium excepisse asserit, quod vinculum matrimoniale disrumpatur per adulterium, cum uxor, quae fornicatur, sit una caro cum adultero, et maritus, qui fornicatur, sit una caro cum scorto. 1. *Cor.* 6, 16. Ex quo apparet, adulterium esse tale delictum, per quod immediate vinculum conjugale dirimitur, dum scil. fides conjugalis, per quam quis se uni saltim addixerat personae, plane a conjuge fornicante laeditur. Neque enim unam carnem fieri cum adultero vel adultera aliud significat, quam ita dissolvere priorem unionem legitimam, ut inde nova unio oriatur. Quod ut plenius intelligatur, mysticam interpretationem simul in subsidium adducamus. Quemadmodum enim unio matrimonialis repraesentat unionem mysticam Christi cum ecclesia, ita non raro ipse Deus sub divortio adumbrare mystice voluit hominum perfidiam, et discessionem ab unione cum summo Deo, quo imprimis spectat *Ezech.* 16. *per totum.* Quid autem est illud adulterium spirituale aliud, quam violatio foederis cum Deo initi? Ergo et adulterium verum seu proprie dictum consistit in laesione vinculi conjugalis, seu actu tali, per quem dirimitur unio inter conjuges.

§. 28. Quemadmodum itaque ex hactenus declarata natura adulterii apparet, Salvatorem ideo ab indissolubilitate conjugii excepisse adulterium, quia sit tale delictum, per quod immediate et proxime dirimitur ipsum vinculum conjugale, ita non putandum est, Deum tantummodo restringere suam mentem voluisse ad adulterium, cum ratio sub conceptu adulterii latitans sit latior, quam ut solo adulterio concludatur. Quodsi jam conferamus insidiarum vitae structarum naturam cum indole adulterii, nescio an diversa inter utrumque casum possit excogitari ratio, quum adhuc durius et violentius videatur quis laedere vinculum matrimoniale per insidias vitae structas, quam per solum adulterium. Non enim alium ob finem insidias vitae conjugis alter conjux struit, quam ut velit disrumpere vinculum conjugale. E contrario uxor, quae fornicatur, saepe intentionaliter non committit hunc actum, quasi in totum velit dissolvere matrimonium, sed ut libidini suae tantum indulgeat, quamvis dissolutio matrimonii sub hoc actu contineatur.

§. 29. Quo ipso tamen nos non intromittimus in illam controversiam satis arduam et agitatam tam inter theologos quam Jctos, utrum aliae praeter adulterium causae ad divortium faciendum sint idoneae, vel utrum magistratus civilis alias praeter adulterium divortii causas lege publica approbare possit. Hae enim quaestiones sunt diversae ab illa, quam hactenus tractavimus, annon videlicet sub adulterio aliae *similes et ejusdem generis et naturae* lateant. Nam qui priorem excutiunt et adstruunt, non tantum admittunt causas aeque graves vel graviores ejusdem generis, sed etiam diversi generis, quod patet ex Rennemanni *jurispr. rom. germ. m.* 1. *d.* 42. *th.* 36. *lit. c. d.* ubi inter alias has causas admittit, inquiens: *Quin et hodie pii Magistratus eo, quo dictum est, modo, non tantum ex illis ante recensitis, sed etiam ex aliis gravioribus causis vel aeque gravibus pro circumstantiarum suasione divortia concedere queant, dummodo illae ad furorem, morbum sonticum vel alias calamitates, in quas alteruter sine culpa sua post nuptias consummatas incidit etc.* Ejusdem sententiae esse videtur Bruckner. *in decis. matrim. c.* 16. ubi justas divortiorum causas explanat, itidemque plures admittit, sed non adhibita distinctione, utrum sint ejusdem an diversi generis cum adulterio causae. Quamvis itaque forsan juste dubitari possit, utrum causae diversi generis, quae non eamdem cum adulterio habent rationem, hic admitti possint, tamen de causis ejusdem generis id nemo facile negabit, cum notum sit vel ex primis jurisprudentiae principiis, rationem legis non, verba esse inspicienda. Neque vero nobis obstat, quod Christus tantum expresserit fornicationem, πορνειαν nam congruenter volebat respondere ad controversiam sibi propositam, ubi, uti supra monitum, duae sectae erant, Hilleliana, quavis, etiam levissimas, causas admittens, et Schammaeana, nonnisi graves et adulterium seu totalem dissolutionem vinculi conjugalis inferentes causas respiciens. Quia itaque Schammaeana schola admittebat turpitudinem pro justa divortii causa, hinc patet evidenter, Christum hanc opinionem approbasse, et ideo adulterii seu πορνειας mentionem fecisse. Selden. *de uxor. hebr. lib.* 3. *c.* 22. Respondet ergo Christus tantum ad illa capita, de quibus tunc temporis controversia erat, scil. de minoribus causis: non quod unice divortia velit restringere ad adulterium. Neque enim unquam dubium erat apud judaeos, insidias vitae structas justam esse causam dissolvendi matrimonium, sed hoc tantum in controversiam ducebatur, an quaevis causa, an vero tantum turpitudo faciat divortio locum.

§. 30. Posset quidem pro sententia hac quoq; adduci, quod eruditi adhuc disputent de intellectu vocis πορνειας, utrum videlicet solum delictum adulterii vel concubitus illiciti, an vero et alia majora delicta comprehendat, quae alias in scriptura s. vocabulo fornicationis denotari solent. v. Selden. *de ux. hebr. lib.* 3. *c.* 28. *et* 31. Buxtorff. *de sponsal. et divort. p.* 2. *p.* 128. Sicuti etiam canones vocem πορνειας late satis extendunt, comprehendentes etiam sub illa idololatriam. v. *c. idololatra. c. non solam. c.* 28. *qu.* 1. Verum illam controversiam lubens intactam relinquo, et indefatigabili criticorum reservo. vid. interim Gerh. *de conjug.* §. 606. Illud tamen bene a praelaudato Gerhardo *cit. loc.* dictum esse puto, quaedam esse crimina adulterio graviora, vel saltim aequalia *respectu legis divinae*, cum cujus norma et regula pugnant, alia *respectu conjugii*, cujus vinculum dirimere debent. Negat vero non de gravitate et aequalitate delictorum in priori sensu hic agi, sed in posteriori, respectu scil. ad conjugium habito, quo refert, bestialitatem, sodomiam, incestum. Applicemus vero jam hanc distinctionem ad nostrum casum de insidiis vitae alterius structis, et sine dubio aeque grave est delictum, ac

adulterium, respectu habito ad ipsum conjugium, cujus vinculum dirimere debet, id quod ex antecedentibus patet.

§. 31. Neque vero admitti potest illorum sententia, quasi unice delictum contra vinculum conjugale committatur per concubitum, quo etiam Gerhardus illud restrinxisse videtur, sed etiam aliis modis illud dissolvi directo per delictum potest, quod optime observavit Paulus, admittens praeterea *malitiosam desertionem*. Omnia enim argumenta, quae vulgo pro solo adulterio, a Christo prohibito, asseruntur, commode etiam Paulo objici possunt. Unde si aliquid virium iis inesset, Paulus peccasset, quod divortium concessisset ob malitiosam desertionem. Sed optimus hic sui magistri interpres magis ad mentem ejusdem, quam verba respiciebat, et inde jam facili negotio inferebat, sub voce πορνειας tamquam delicto principaliori contra matrimonium contineri delicta alia, quibus directo et immediate vinculum matrimoniale laeditur, qualis etiam erat *desertio malitiosa*, quia plane haec fini matrimoniali repugnat. Ecquid vero quaeso magis fini matrimonii repugnat, quam insidiae vitae alterius conjugis structae? Admittunt theologi pariter et Jcti, ob pertinacem debiti conjugalis denegationem concedi posse dissolutionem totalem. Gerhard. *cit. loc.* §. 630. Havemann. *in Gamol. synopt. lib.* 3. *tit.* 7. *posit.* 3. Nicolai *de divortiis p.* 2. *c.* 2. *n.* 53. Brucknerus aliique a praelaudato autore allegati in *decis. matrim. c.* 17. *n.* 18. Cur vero hoc dictum Pauli eousque extendunt? Ecquid gravius est denegare debitum conjugale, an vero plane alterius vitae insidias struere?

§. 32. Quae meditatio me ducit ad aliud argumentum a *desertione malitiosa* petitum. Concedunt hactenus illam dissolutionis totalis causam justam esse. An vero insidiae vitae alterius conjugis structae possunt esse unquam sine malitiosa desertione? Id equidem non puto. Theologi enim nostri pariter ac Jcti duplicem constituunt malitiosam desertionem, *localem* alteram, alteram *non localem*, quae magis animorum est; ad hanc sine dubio non nuda denegatio debiti conjugalis, sed etiam insidiae vitae alterius conjugis structae referuntur. Utrobique eadem est ratio, quam bene exponit Bruckner. *in decis. matrim. c.* 18. *n.* 16. inquiens: *Paulus rationem non ponit in infidelitate, sed in temeraria excussione jugi conjugalis. Et desertor est, cui, ut Apostolus loquitur, non placet cohabitatio, i. e. qui individuam illam vitae consuetudinem penitus abrupit.* Cui vero magis displicet cohabitatio conjugalis, quam ei, qui insidias alteri struit? Quis magis excutit jugum connubiale, quam uxor, quae venenum praeparando propinando; morti destinaverat maritum? Conf. dn. Praes *de diss. sponsal. sect* 5. §. 9. ubi asserit, Gutierez. *Canon. quaest. l.* 1. *c.* 24. vim hujus argumenti agnoscere. Unde non raro Jcti pariter ac theologi malitiosae desertioni solent aequiparare insidias vitae structas. v. Bruckner. *cit. loc. n.* 25. Philippus Melanchth. *de conjug.* cujus rationes quidem adducit Gerhard. *de conjug.* §. 631. Sed cum ejusmodi epicrisi, ut tandem vel invitus *in fin. cit.* §. fateri necessum habeat, *si saevitia sit plane incorrigibilis, eam desertioni non immerito comparari.* Eumdem fere in modum Harbardus *de conjug. p.* 93. relatus a praelaudato Gerhardo philosophatur: *quando*, inquiens, *alter conjugum insidias vitae alterius struit, vel leonis instar inhumana crudelitate comparem tractat, nec admonitus corrigitur, tum, quia impedit necessaria pietatis officia, Magistratus auctoritate coercendus est, vel separatione prius ad tempus facta emendatio et reconciliatio tentanda, vel si in immanitate pertinaciter perseveret, persona innocens intolerabili jugo liberanda est, ne justo dolore fracta, aut indignatione superata abjiciat pietatis exercitia, et aliquid injuste ac christiana vocatione indignum faciat.* Conf. dn. Linckius *ad decret. tit. de divort.* §. 10. *in f.* dn. Thomasius *jurispr. div. lib.* 3. *c.* 3. §. 69. *sqq.* Bruckner. *cent* 9. *qu.* 4. Gisb. Voetius *in polit. eccles. p.* 1. *lib.* 3. *tract.* 1. *sect.* 3. *c.* 3. *qu.* 10. Beza *de repud. et divort. p. m.* 201. ubi paria esse dicit, *discedere ab aliquo, et minis vel vi aliquem a se abigere.* Plenius id declarat Leitzel *Synopsi matrim. c.* 8. *theor.* 6. *lit.* 1. *p. m.* 249. inquiens: *Omnimodam conjugum separationem seu plenum divortium hisce in casibus decernerem, si ex omnibus circumstantiis, puta personarum, structarum insidiarum vitae, saevitiae et propterea etiam irrogata poenae qualitate, nec non etiam lapsu temporis, judicis itidem arbitrio aestimandi, appareat, quod nulla amplius spes reconciliationis vel redintegrationis istius matrimonii supersit, et pars innocens parti nocenti propter capitales inimicitias non amplius tuto et sine vitae periculo credi possit, tum quod isto casu, propter denegatum debitum conjugale divisionem ue unitatis carnis et individuae vitae consuetudinis, nocens persona pro desertrice haberi possit.*

§. 33. Ipsa quoque ratio *separationis quoad thorum et mensam*, quatenus in nostris retinetur ecclesiis, suppeditat argumentum pro totali divortio, ceu jam docuit dn. praeses *de diss. sponsal. sect.* 5. §. 9. ostendens parum ex tali separatione commodi habere innocentem maritum, quem venenum praeparando propinandoque morti destinaverat uxor, si ingratissimam adhuc alere teneretur, et ipse interim in coelibatu vivere sine ulla matrimonii adjutrice compelleretur. Videlicet retinetur et adhibetur in nostris ecclesiis tuno demum separatio temporalis, ubi adhuc spes superest, conjugem nocentem ad meliorem frugem rediturum. Ast vero nescio, an si semel insidiae vitae alterius structae fuerint, innocenti conjugi consulendum sit, ut ad conjugem priorem revertatur, praesertim cum nec cautio hic tollere possit justum timorem, quem semel innocens concepit, et non raro homines aliud agere, aliud simulare soleant. Posset enim uxor, quae pertaesa est sui mariti, et jam novas nuptias animo concepit, simulare, poenitentiam, et ita sua simulatione maritum cogere, ut cum ea in gratiam et pristinam cohabitationem rediret. Quo casu certe nova occasio ipsi daretur se per novas insidias liberandi a marito, et ita novas ambiendi nuptias, quas ambire non poterat, quamdiu tantum separata erat ab eo quoad thorum et mensam. Ergo inutile et insufficiens merito haec separatio in hoc casu est, praesertim cum uxori insidiatrici semper obstet praesumptio juris, vi cujus semel malus semper praesumitur talis in eodem genere delicti. Si itaque nequidem tutori, fraudulenter tutelam administranti, ulterior administratio concedenda est, etsi satis offerat, quia satisdatio ejus propositum malevolum non mutat, sed diutius gra-

sandi in re familiari pupilli sui facultatem praestat, juxta §. 12. *j. de suspect. tut. l.* 5. *et* 6. *ff. eod. l. fin. c. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est.* Quomodo potest maritus adigi, ut ulterius cohabitet uxori insidiatrici, si satis offerat, cum hic non agatur de dispendio fortunarum, sed de vitae periculo, cui se necessario exponit, qui cum tali uxore denuo se conjungere debet. v. Kitzel. *synops. matrim. c.* 8. *theor.* 6. *lib.* 1. ubi *p.* 250. notanter ait: *persona innocens ad redintegrandum tale matrimonium, in quo secundum verba imperatoris nostri in l. quisquis, c. ad l. jul. maj. vita futurum est supplicium, et mors solatium adigi non debet, cum conjux innocens semel interemptus a nocente per cautionem ab ipso praestitam, et juris remedia resuscitari et in vitam restitui nequeat, nec propter dolum et contumaciam, imo intentatum parricidium personae nocentis conjugi innocenti, prohibendo ipsi ulterius matrimonium, laquei conscientiae injiciendi sunt. etc.*

§. 34. Non leve quoque argumentum pro hac sententia deduci potest ex *ipso delicto* ab uxore insidiatrice commisso. Videlicet ex jure civili notum est, conatum occidendi, adeoque et insidias vitae structas ordinariam poenam meruisse, *l.* 7. 8. 9. *c. ad l. Cornel. de sicar. l.* 1. §. 3. *ff. eod.* qui enim alterius vitae insidiator, parum distat a latrone, qui etiam ex solo apparatu, attentata alterius invasione, pro tali habetur, dum a parte ipsius nihil superest, quominus delictum perfectum reputetur. P. Muller. *ad Struv. ex.* 48. *th.* 50. *lit. c.* Cum enim talis insidiatrix uxor parum distet a vero homicida, quamvis hodie extraordinaria tantum poena locum habeat, Carpzov. *pr. crim. p.* 1. *qu.* 2. *n.* 54. merito quoque dissolutio matrimonii concedenda; quantum enim in ea fuit, dissolvisse jam videtur vinculum matrimoniale. Imo quamvis hodie poena sit extraordinaria, tamen non dubium, quin ad fustigationem quandoque deveniri possit: num vero dicemus, maritum innocentem hoc casu sequi teneri uxorem perfidam et insidiatricem? An vero propter alterius delictum in perpetuo vivere coelibatu? Ubi certe poena derivaretur in ipsum maritum, propter cujus favorem tamen uxor punitur. Confirmat hoc ipsum Bruckner. *in decis. matrim. c.* 18. *n.* 21. duobus casibus, quibus uxores vitae maritorum insidias struxerant, et venenum cibo miscuerant, ubi cum res successu caruisset, fustigatio cum perpetua relegatione veneficis dictata fuit, divortiaque plena quoad maritos decreta, hisque nova inire conjugia permissum.

§. 35. Denique addi potest et illa ratio, quod separatio quoad thorum et mensam sit merum inventum pontificium, inanibus superstructum fundamentis. Quantum itaque fieri potest, merito ab hoc medio, quod in nulla ratione genuina fundatur, abstinendum, ad evitandas illas male cohaerentes conclusiones, quae exinde sequuntur. Ostensum jam supra est, quid de hoc genuino pontificiorum partu judicaverit Lutherus. Idem alii quoque cordatiores non dissimulant. Sane in eo omnes conveniunt, non facilem debere esse judicem in admittenda hac separatione, *ne membra Christi*, utor verbis Brouweri *de jure connub. lib.* 2. *c.* 29. *n.* 7. *exponantur insidiis Satanae, tentantis, quos longius, quam ut jejuniis et orationi vacent, sejungit tempus,* 1. *cor.* 7. 3. *fragilis enim est humana natura et in separato matrimonio ad libidinem praeceps.*

§. 36. Ne vero aliquod dubium, quo se dissentientes munire possint, amplius supersit, operae pretium esse duco, illa, quae supra recensita sunt, penitus jam removere. Et quidem primum dubium, in §. 2 tactum, non adeo magna laborat difficultate. Provocatur ibidem ad exceptionem Christi, solum adulterium excipientis. Sed quidem hactenus non probatum est, Christum loqui *exclusive*. Responsio enim Salvatoris interpretanda est ex controversia ipsi formata. Quaerebatur videlicet, an *ob quamvis causam* liceret divertere ab uxore, ut videbatur in legibus Mosaicis statutum? Et ad hoc respondebat negative, excipiendo adulterium. Non voluit autem Christus excludere causas majores vel aeque graves *ejusdem generis*, de quibus non erat consultus, sed minores tantum apud Judaeos usitatos removebat. Unde si de hoc casu interrogatus fuisset Salvator, ubi major malitia, quam in adulterio: idem haud dubie respondisset. Dn. Praeses *de dissensu sponsal. sect.* 5. §. 10. Et posito (id quod tamen in suspenso relinquo) particulas illas: παρεκτος, si pro esse exclusivas, tamen illae tantum excludunt eas, quae sunt diversi, non quae sunt ejusdem generis. Ast vero jam in rationibus decidendi probatum est, insidias vitae structas proxime convenire cum malitiosa desertione, et adulterio. Equidem alii quoque respondent, Christum privati pro lubitu ex quibuscumque causis frivolis divortia instituentibus, non magistratibus pro exigentia necessitatis civium causas divortiorum determinantibus regulas praescribere voluisse. Bruckner. *in decis. matrim. c.* 16. *n.* 24. Verum id difficulter admittitur a theologis nostris, v. Gerhard. *de conjug.* §. 605. *seqq.* imo nisi assertio haec ad certas limites reducatur, evenire inde posset, ut contra mentem Christi mos veterum judaeorum, quascumque causas admittentium introduceretur. Ergo concludimus, posse magistratum admittere causas aeque graves vel graviores, quod etiam videntur innuere verba Christi *matth.* 5. 32. παρεκτος λογου πορνειας, *excepta causa fornicationis.* δολος autem in genere significat *proportionem*, ut adeoque non solum adulterii crimen, sed etiam alia huic crimini aequalia et proportionata, vel eodem etiam majora flagitia divortii causas constituant. Et ita jam quoque exinde interpretationem accipit *matth.* 19, 9. Neque hanc rationem evellunt, quae contra regerit Gerh. *c. l.* §. 606. nam supponit semper, Christum loqui simpliciter et absolute; imo exclusive et exceptive, adeoque vocem του λογου ita intelligi non posse; nam jam assertum est, Christum respexisse in responsione ad statum Judaeorum, ex quavis levissima causa divortia admittentium.

§. 37. Alterum dubium in §. 12. sat speciosum est, videturque illa, quae in §. *antec.* sunt dicta, enervare. Verum regeri potest, Christum in adulterio utique respexisse ad dissolutionem unionis conjugalis, *quae in* adulterio occurrit; verum illa dissolutio etiam in insidiis vitae structis deprehenditur, et adhuc evidentius, quam in desertione malitiosa, ubi tamen ex doctrina Pauli ob eamdem rationem divortium admittitur. Quae enim mariticidium intentat, illud unice agit, ut matrimonium dirimat, et se a nexu conjugali liberet. Quamvis vero non semper consilio respondeat eventus, sufficit tamen tale delictum hic ab uxore esse commissum, quod immeditate tangit vinculum inter conjuges, *et sic* cohabitationi contrarium est. Expressius dici potest:

uxor, quae adulterium committit, tantum solvit fidem conjugalem: quae vero marito mortem intentat, illa non tantum vinculum illud speciale inter conjuges tollit, sed universale etiam, quo homines natura conjunxit, et propter quod nefas esse dicitur in *l.* 3. *ff. de j. et j.* hominem homini insidiari.

§. 38. Hisce suppositis jam per se corruit dubium tertium in §. 13. neque enim verba neque mens Christi videtur excludere voluisse hanc divortii causam, de qua agimus. Et nescio sane, quomodo illi, qui adeo strictissime verbis Christi inhaerent, et illa simpliciter *exclusiva* esse jubent, sint Paulum conciliaturi cum nostro Salvatore. Si enim tantum et unice admittere voluit adulterium, etiam excludere voluisse creditur malitiosam desertionem. Sed falsum esse posterius, ipsi dissentientes fatentur. Ergo etiam prius. Neque vero admitti potest, quod dissentientes supponunt, quasi Christus etiam comprehenderit hanc causam de insidiis vitae structis: nam haec causa non erat inter judaeos controversa, sed solummodo sententia Sectae Hillelianae, quae levissimas causas admittebat.

§. 39. Ad rationem dubitandi quartam in §. 14. recte enucleandam praemittendum est, Salvatorem sermonem suum non opponere Mosi, sed pharisaeis, qui verba Mosis in alium sensum detorserant. Quum etiam pharisaei arbitrarentur, a Mose praeceptum esse adulterium hinc tandem respondet, Mosen propter duritiam cordis judaeorum permisisse, dimittere uxores, *caeterum*, pergit, *a principio non fuit ita*: Buxtorff. *de sponsal. et divort. p.* 2. §. 5. 116. Dicit itaque ipsa divortia esse contra intentionem primaevam Creatoris, matrimonium instituentis, introducta tamen propter σκληροκαρδίαν, h. e. quod adeo duri sint corde homines, et amorem et pacem deserant unione quae, quam inter omnes homines Deus constituit. Quamvis itaque non negemus, inique fecisse pharisaeos, quod legem Mosis adeo extenderint ad quasvis causas, etiam levissimas; tamen id minime admittere possumus, Mosem etiam non intelligi debuisse de hac causa gravissima, si insidias uxor vitae mariti struxisset, et viceversa. Unde tandem ita concludimus: ob quamcumque causam Moses concessit divortium, de illa causa etiam Christus est interpretandus: atqui ob graviores causas Moses concessit divortia, quod et recte admittebat schola schammaeana, cujus sententiam approbavit Christus. Selden. *de uxor. hebr. lib.* 3. *c.* 20. *p.* 329. Ergo etiam Salvator de illa est interpretandus. Unde non tam in hoc nostro casu fit interpretatio *extensiva*, sed potius *declarativa*, dum saltim ex Mosis lege interpretatio instituitur, quomodo Christus sit intelligendus. Certe si hoc argumentum de odiosis restringendis aliquid in recessu haberet valeret etiam contra Paulum, ob desertionem malitiosam admittentem divortium.

§. 40. Sed pergo ad quintum dubium ex doctrina Pauli petitum, qui etiam hujus causae nullam facit mentionem. Si scopum Pauli 1. *ad cor.* 7. intueor, animadverto, illum tantum fuisse interrogatum de illa quaestione, utrum diversitas religionis solvat matrimonium? Et hanc quaestionem enucleat ex doctrina Salvatoris nostri negative, modo infidelis consentiat habitare cum fideli. Adeoque non mirandum, quod nostri casus non mentionem fecerit, quippe de illo nec controversia erat, nec interrogabatur. Caeterum consequentia haec: *si nequidem diversitas religionis solvit vinculum matrimoniale, sequitur, quod etiam non solvant idem insidiae vitae alterius conjugis structae*, merito negatur. Neque enim 1) verum est diversitatem religionum inducere animorum abalienationem, id quod exempla et V. et N. testamenti testantur, et experientia nostrorum temporum corroboratur, 2) Paulus etiam in decisione hujus quaestionis addit hanc limitationem: *Si hic* (infidelis) *consentiat cohabitare cum ea*, quod tunc uxor fidelis non debeat virum dimittere, quoniam sic nullum impedimentum ponitur consuetudini connubiali. 3) Non quaevis etiam abalienatio animorum inducit divortium, sed talis, quae finem tollit matrimonii, et vinculum dissolvit, qualis deprehenditur in malitiosa desertione, et insidiis vitae structis. Quod ultimo demum additur, insidias vitae structas non necessario comprehendere desertionem malitiosam, illud in rationibus decidendi jam satis declaratum et excussum est. vid. §. 32.

§. 41. Sextum argumentum in §. 16. quod a dissentientibus adducitur, petitur ex verbis Christi: *quos Deus conjunxit, homo ne separet.* Sed nec illud nobis obstat: respondeat pro nobis jus canon. in *c.* 18. *c.* 33. *q.* 2. ubi ita: *Quos Deus conjunxit, homo ne separet. Quaeris quomodo? Subaudi. violenter, sine lege, absque ratione, quos Deus conjunxit, homo non separet. Non enim homo separat, quos poena condemnat, quos reatus accusat, quos maleficium coarctat.* Unde quoque apparet saepe in abusum trahi hoc Christi dicterium. Saepius enim in dubium vocari posset, an hos Deus conjunxisset, ubi ex eventu apparet, conjugem conjugi insidias struere, litigiis et rixis mutuis omnem vitam agere, et ita minime unionem servare, quam Deus in hac societate adeo inculcaverat. Unde nescio, an inique dixerit nostrorum theologorum quidam: *quos diabolus conjunxit, homo separet.* Conf. Buxtorff. *de divort. p.* 118. docens noluisse Christum per hoc assertum licentiam et facultatem divortiorum omnem tollere, sed dumtaxat arbitrariam ac privatam illam Judaeorum repudiandi et dimittendi uxores consuetudinem, de qua pharisaei quaesiverunt. Deinde quod additur in *eod.* §. 16. matrimonium esse favorabile, adeoque pro ejus conservatione in dubio esse pronunciandum, id a nobis non quidem negatur, sed non tamen hunc habet sensum, quasi ob justissimam causam non possit pro dissolutione pronunciari, sed potius, ne temere quid fiat contra matrimonium, quae temeritas tamen hic abest. Imo etiam securitas vitae adhuc est favorabilior, cui omnino consulendum: quod aliter fieri commode nequit, nisi per dissolutionem totalem matrimonii.

§. 42. Septimum argumentum in §. 17. ducitur a mystica illa repraesentatione Christi cum ecclesia. Quemadmodum vero pontificii exinde matrimonium in classem sacramentorum retulerunt, et causas matrimoniales spirituales esse voluerunt, ita cavendum maxime, ne inde quid inferamus, quod papalibus principiis, propius, quam vero intellectui hujus mysticae interpretationis accedit. Et sane Carpzovium, cujus verba *in cit.* §. 17. relata sunt, hanc in abusum traxisse docuit jam dn. Praeses *in tr. de diss. sponsal. sect.* 3. §. 18. quasi videlicet per hoc negotium *character quidam spiritualis impressus contrahentibus sit* quod nihil aliud est, quam pontificiis indulgere, matrimonium esse sacramentum. Et ut propius ad rem accedamus, illud quidem ex hac mystica repraesentatione sequitur, *difficulter* ad dissolutionem matrimo-

nii esse progrediendum, non vero plene non esse dissolvendum matrimonium, alioquin enim ne quidem ob adulterium et malitiosam desertionem esset dissolvendum matrimonium. Quemadmodum itaque peccata dissolvunt unionem inter Deum et homines, juxta assertum prophetae: *Eure Sünden scheiden Euch und euren Gott voneinander*; ita quoque tale turbidum et dissonans matrimonium, ubi alter alteri insidias struit, non potest amplius repraesentare illum indissolubilem unionem Christi cum ecclesia.

§. 43. Octavum argumentum in §. 18. inde desumptum, quod matrimonium sit foedus Dei, et constet auctoritate divina, ex hactenus dictis jam pariter facile dissolvitur. Non negamus hic ipsam hypothesin, sed negamus tantum conclusionem inde deductam. Hoc videlicet tantum exinde sequitur, in arbitrio hominum non esse, illud vinculum temere dissolvendi, quod constat auctoritate divina; at vero hic nulla temeritas adest, ubi insidiae vitae struuntur. Satis convenienter loquitur Sarcerius *von Heil. Ehestand. p. 4. p.* 158. *So kan ein jeglicher vernünfftiger Mensch wohl gedencken dass Gott die Ehe eingesetzt habe zu Ehren und guten dem Menschen, und nicht zu Schanden und seinem Verderben. Darum die, so in keinen Stucken dem gedraengten Ehemenschen zu Hülffe kommen, und die Ehescheidung überein in keine Weiss noch Weege zulassen, thun gleich wie die Pharisaeer, die von wegen des Geboths vom Sabbath, dem Buchstaben, nach dem Menschen zu grunde und zu schanden gehen liessen.*

§. 44. Ad nonum argumentum in §. 19. facilis est responsio. Quamvis enim uxor mariticidium intentans forsan per hanc dissolutionem finem suum, propter quem insidias innocenti marito struxit, assequitur; hoc tamen tantum fit per indirectum et accidens. Neque enim ideo dissolvitur matrimonium, ut uxor insidiatrix favore afficiatur, sed ut innocenti marito consulatur. Hinc et regula juris in §. 19. adducta, *quod nemo ex suo delicto lucrari debeat*, ita declaratur, ut procedat, quatenus *directo* quis lucretur ex delicto, per accidens enim bene fieri potest, ut quis lucrum ex delicto capiat. *l.* 5. §. 1. *ff. ne quis eum, qui in jus voc. vi exim.* §. 1. *de vi bon. rapt.* Barbos. *in thesaur. loc. commun. l.* 1. *c.* 17. *ax.* 3. *et lib.* 4. *c.* 13. *ax.* 11.

§. 45. Decimum dubium in §. 20. tactum per se jam corruit ex iis, quae dicta sunt in §. 33. ostensum ibi, separationem quoad thorum et mensam non esse modum idoneum, ut securitati innocentis conjugis satis consuli possit. Et sane oppido falsum est, quod in nostris ecclesiis propter insidias vitae structas retenta sit separatio quoad thorum et mensam. Confundunt enim, qui talia asserunt, simplicem saevitiam cum ejusmodi saevitia, quae connexas habet insidias, quibus vita alterius conjugis periclitatur. Priori casu hactenus admittimus separationem, et concedimus, ideo retentam esse illam, cùm sperari adhuc possit morum emendatio et obtineri animorum reconciliatio. vid. Gerh. *de conjug.* §. 631. Beust. *p.* 2. *de matrim. c.* 9. Nicolai *de divort. c.* 5. Ast ubi semel insidiae vitae sunt structae, nunquam conjux innocens securitate plena gaudebit, licet vel maxime nocens cautionem praestiterit.

§. 46. Equidem ut ad argumentum undecimum in §. 21. propositum respondeam, necesse esse non puto, cum jam aliquoties in antecedentibus demonstratum sit, insidias vitae structas aequiparari desertioni aeque tangere vinculum conjugale, quam adulterium. Quamvis itaque caetera delicta forsan non solvant matrimonium, diversa tamen est ratio in maritícidii tentato. Unde statim pergo ad dubium duodecimum in §. 22. Verum et hic quadrabit eadem responsio quae formata est in §. *antecedente*. Negamus etiam adhuc, sufficientem esse hoc casu cautionem ad tollendum ab innocente conjuge omne vitae periculum. Operatur quidem aliquando cautio illud, ne maritus saeviat ulterius in uxorem, eamque non adeo crudeliter tractet; verum a simplici saevitia argumentum ad insidias vitae structas non valet. Confer. §. 32. Et quorum sane foret, si maritus innocens compelli debeat ad cohabitandum rursum uxori et se ita de novo periculo ponendum periculo, ex illa sola ratione, quod cautionem praestare parata sit, cum tamen cautio malevoli animum non mutet.

§. 47. Non puto autem, dissentientes tuto fide posse dubio decimo tertio, ab Hierologia petito, quod apud omnes in confesso est, illam non esse de substantia matrimonii; adeoque transeat illud quoque dubium, et demum *ultimum* prodeat, quod ab auctoritate juris canonici petitum. Verum opponamus jus canonico jus civile. Nam in *l.* 8. *c. de repud.* plenum divortium conceditur ob insidias vitae structas. Et de inde jam ostendit dn. Praeses *de dissensu sponsal. sect.* 5. §. 11. textum in *c.* 1. *x. de divort.* ab improba pontificiorum manu esse corruptum, integrum vero retentum in *c. si qua mulier.* 6. *c.* 31. *q.* 1. ubi ex concilio Wermeriensi sive Wormatiensi huc translata verba sequentia: *si qua mulier mortem viri sui cum aliis hominibus conciliavit, et ipse vir ipsius hominem se defendendo occiderit, et hoc probare potest, ille vir potest ipsam uxorem dimittere, et si voluerit, aliam accipiat.* Quod si itaq; textum genuino suo nitori restituamus, potius pro nostra sententia facit, constituens, totali divortio locum esse. Conf. Buckner. in *decis. matrim. c.* 18. *n.* 20. ubi ex regione Pruniensi *de disciplin. eccles. lib.* 2. §. 117. eamdem corruptionem demonstrat.

§. 48. Atque ita, ni fallor hactenus evictum dedimus, ob insidias vitae structas posse agi ad totale divortium. Cum vero hodie non amplius privata auctoritate suscipiantur divortia, hinc quoque hoc casu judicis competentis requiritur cognitio et sententia. v. Carpz. *in praes. crimin. p.* 2. *qu.* 58. *n.* 20. Bruckner. *in decis. matrim. c.* 18. *n.* 22. et quidem ante omnia conjugi agenti in hoc casu probatio insidiarum et saevitiarum incumbit. Rol. a Valle *vol.* 3. *consil.* 27. *n.* 2. Leeser. *in loc. commun. de bonorum commun. p.* 2. *c.* 16. *n.* 233. Et cum in hac materia insidiae soleant fieri remotis arbitris, hinc indicia etiam sufficiunt, et faciliores probationes admittuntur. Heeser. *cit. loc.* Quaecumq; autem indicia probant veneficium, ex iisdem etiam insidiae inferri possunt, veluti si suspecta persona venenum emerit, si veneficium minata fuerit, si cum conjuge innocente inimicitias capitales gesserit, si reapse jam venenum cibis miscuerit, vid. *artic.* 37. *constit. crim. car.* ibiq; Daniel. Classen. Probatis itaq: insidiis non tantum divortium concedendum, sed etiam insuper pars nocens ad judicem secularem remittenda, ut debitam nocenti poenam infligat, qua de

re cautum in *Ordin. Consistor. March. tit.* 69. *in f.* ita: *Befinden Sie aber, dass das Weib ihrem Manne, oder der Mann seinem Weib mit Gifft, oder in andere Wege nach seinen oder ihren Leben gestanden, und solches wurde beweisen, oder es waeren gnugsame indicia oder Vermuthungen darzu vorhanden, sollen die Assessores solches der Weltlichen Obrigkeit, da die Beklagten gesessen, darinnen vermoge des H. Reichs Pein Hals Gerichts-Ordnung, und wie Recht zu verfahren, auflegen.*

§. 49. Requiritur itaq; quoad probationem, ut ostendatur, realiter insidias fuisse vitae alterius conjugis structas, quod contingit non tantum eo in casu, si ab ipso conjuge, ejus consilio et ope, vel conjuge instante ab alio structae alterius vitae insidiae reperiantur: sed etiam, si sciat uxor mariti sui vitam sub ancipiti aerere, neque indicet periculum, neque studeat imminens periculum propulsare, sed dolo malo taciturnitate sua insidias promoveat. Brouwer. *de jur. connub. l.* 2. *c.* 29. *n.* 11. Nam et in mortalibus rei criminum habentur non tantum illi, qui suas manus delicto accommodarunt, sed etiam qui alio modo concurrerunt ad effectum. vid. dn. Praeses in *disp. de imput. fact. alien. c.* 1. Puffendorff. *de i. n. et g. lib.* 1. *c.* 5. §. *ult.* Quaeritur vero, an metus struendarum insidiarum vitae, si non vanus sit, sed talis, qui in constantem hominem cadere possit, hic sufficiat ad dissolutionem matrimonii totalem? Equidem facile largimur Brouwero *cit. loc.* metum hunc justum esse ad impetrandam separationem quoad thorum et mensam. Verum ut etiam ad totalem dissolutionem deveniri possit, quaestio altioris est indaginis. Puto tamen, judicem ex circumstantiis arbitrari debere, utrum innocenti conjugi satis consuli possit per cautionem, aut etiam separationem quoad thorum et mensam, an vero spes non supersit, nocentem conjugem ad frugem redituram, quo casu melius est praevenire, quam praeveniri, et per totale divortium insidias imminentes avertere, praesertim si capitalibus inimicitiis accesserit denegatio debiti conjugalis, quod dd. facilius admittunt. v. Nicolai *de divort. c.* 5. *n.* 26.

§. 50. Debent autem insidiae esse structae vitae alterius conjugis. Aliud itaque asserendum esse puto de insidiis ab uxore mariti *bonis* vel *honori* structis, quo casu Richter. *vol.* 1. *p.* 5. *cons.* 17. *n.* 9. quidem concedit separationem quoad thorum et mensam, id quod tamen non admittit Nicolai *de divort. c.* 5. *n.* 34. ob has causas 1) quod hoc nulla lege cautum sit. 2) quod tales insidiae aliis remediis legitimis averti possint, ut adeoq; ad separationis remedium extremum et subsidiarium recurrendum non sit. Verum cum hoc casu non possit non capitalis inimicitia oriri, cum illam communiter arguant ex insidiis, bonis vel honori structis, v. dn. Hoppius *in diss. de inimicit. capital.* et dd. communiter ad §. 11. *j. de excus. tut. vel curat.* et vero, ipso fatente Nicolai *cit. loc. n.* 29. separationem ob talem implacabilem inimicitiam concedendam, hactenus si recte Richteri sententia intelligatur, non denegandam putarem separationem.

§. 51. Caeterum ex hactenus allatis rationibus facile apparebit, utrobique locum esse divortio, sive uxor marito, sive maritus uxori struxerit insidias. Quamvis enim quoad adulterium a marito commissum uxori recte denegetur actio ad petendum divortium, ceu fusius demonstravit dn. Praeses *de diss. sponsal. sect.* 5. *n.* 5. tamen hic diversa adest ratio. Interim videas controverti etiam hoc inter doctores, an si uxor insidias vitae mariti struat, liceat huic divertere? dd. hac de re in diversa abire notat Sanchez. *lib.* 10. *disp.* 18. *n.* 7. Qui negant, ducuntur textibus juris canonici, qui tantum loquuntur de marito uxori insidias struente. Et quamvis, inferunt, maritus et uxor sint correlativa, ac proinde quod dispositum in marito, censeri quoque videatur dispositum in uxore; id vero locum non habere, quoties utriusque correlativi non eadem adest ratio. Esse autem diversitatis rationem putant, quia uxor nequit coercere virum, ipsumque punire, ac potest vir ipsam uxorem. Verum haec dubia sunt de nihilo, et plane non evincunt, id quod evincere debebant. Nam non video rationem diversitatis in utroque casu, et idem favor securitatis vitae utrobique militat, praesertim, cum et illa fundamenta supra plenius excussa in utroq; casu locum habeant. Unde et Sanchez. *cit. loc. num.* 8. ipse fatetur non obligare matrimonium ad cohabitationem eum tanto vitae discrimine. *Quae ratio,* inquit Sanchez. *aeque militat in utroque conjuge, cum alter vitae alterius insidiatur, nec aliter coerceri potest nisi divortio facto.* Et quamvis textus tantum disponant de mariti saevitia, non tamen inde evincitur, eos solum ad illum casum esse restringendos, praesertim cum expresserint casum communiorem, et uti plerumque accidere solet.

§. 52. Concludimus itaque divortium plenum et omnimodum recte decerni posse a judice ob insidias vitae structas, et si id obtinuerimus, recte quoque huic praesenti disputationi nostrae colophonem imponimus, et hic pedem figimus, confisi et facilius nos excusatum iri, quod haec materia specialis multae sterilitati sit obnoxia, et a non paucis dd. minus accurate pro dignitate sua excussa, adeoque pluribus involuta difficultatibus. Interim vero candori tuo et benevolae censurae, lector humanissime, haec omnia committimus, quae de hac materia edisserere contigit, persuasi, ut ea aequi boniq; consulturus, et sententiae utriusque fundamenta non ex praejudicio auctoritatis, sed ex veris suis ponderibus sis aestimaturus, inde tibi sine dubio apparebit, cuinam sententiae magis sit accedendum. Quod restat, d. o. m. a quo nihil omnium, quae usquam fiunt, esse potest absconditum, gratias agimus immortales pro clementissima studiorum directione, et gratia nobis hac vice largissime concessa. Adsit porro nobis; et ut omnia in nominis sui gloriam, proximi, patriaeque vergant incrementum, faxit.

SOLI DEO GLORIA.

DISSERTATIO

DE JURE EXEQUENDI SENTENTIAS

IMPERIALES DIRECTORIBUS CIRCULORUM COMPETENTE,

CONTRA DISSERTATIONEM

DE OFFICIO DIRECTORUM ET DUCUM CIRCULARIUM IN EXECUTIONE SENTENTIARUM.

ANNO MDCXCVIII.

EDITA NUNC VERO DENUO IMPRESSA.

I. N. J.

Prodiit non ita pridem in publicum dissertatio de *officio directorum et ducum circularium in executione sententiarum*, cujus auctor quidem, quantum ex obtutu exteriori apparet, generatim sine ulla applicatione ad certam facti speciem hanc materiam exposuisse videtur; sed penitius illam inspicienti, circumstantiasque in illa dissertatione adductas perpendenti, constabit facile, non in thesi, sed certa hypothesi hanc materiam propositam, auctoremque in eo totum esse, ut justitiam executionis, nuper in ducatu Mecklenburgico tentatae, orbi exponat, et quae huic impediendae a directoribus circuli inferioris Saxoniae pro tuendo jure suo facti jurisque opposita sunt argumenta, injustitiae arguat. Equidem fateor, materiam ipsam disquisitione publica dignam esse, et ad salutem imperii pertinere, de ratione et modo exequendi sententias certam constituere regulam, ne tandem summorum tribunalium decisa ob defectum executionis reddantur elusoria. Sed utinam illa, quae hac de re ante annos 20. in comitiis agitata sunt consilia, jam publicata essent, vel adhuc secundis curis accedentibus per modum legis promulgarentur; hoc pacto enim non opus foret, ut calamos negotiis immiscerent publicis, quibus interpretes denegatum est arbitrium, sed sola parendi gloria relicta. Interim tamen, dum authenticam ex comitiis expectamus decisionem, nec mihi vitio verti poterit, si eadem libertate, qua auctor dissertationis illius usus est, meam de eadem materia animi sententiam procul omni adfectu ac contradicendi prurigine, solius veritatis investigandae amore, exposuero. Sicuti vero jam dictus auctor in eo laudem meretur, quod, quae contra directores circulorum in medium produxit argumenta, ex ipsis imperii recessibus ac constitutionibus publicis probare conatus fuerit, ita mihi iisdem legibus insistendum erit, et inde quid ponderis subsit argumentis ab auctore adductis, et qua fide ll. publicae illis applicatae, investigandum. Cum autem operae pretium sit, auctorem dissertationis κατα ποδα sequi, hoc pacto autem evitari nequeat, quo minus bis vel ter repetendum sit idem, necessarium duxi, fundamenta juris exequendi sententias imperiales, sive in judicio aulico, sive in camera latas, certis positionibus praemisisse, cum his probe jactis facilior ad ulteriora pateat progressus. Sit itaque

POSITIO I.

Jus exequendi sententiam est pars jurisdictionis.

Assertum, quod hic suppono, in dubium nemo facile vocaverit, nisi qui jurisdictionis vocem pro sola causae cognitione acceperit; coercitio enim si a jurisdictione absit, haec nulla erit; *l. fin. ff. de offic. ejus cui mand. jurisdict.* unde is demum jus dicenti non obtemperasse dicitur, qui quod extremum est in jurisdictione, non fecit, *l. un.* §. 1. *ff. si quis jus dicenti non obtemper.* h. e. *Si quis executioni sententiae restiterit*, quem sensum juris nostri interpretes communi calculo comprobant. Vel, si tandem ad sensum romani juris hoc efferre velis, ubi *mittere in possessionem* imperii magis quam jurisdictionis esse dicitur, *l. 4. ff. de jurisdict.* id expeditum erit, mixti imperii partem esse executionem. Mixtum vero imperium Germaniae moribus etiam inferiori jurisdictioni, quam bassam vulgo vocant, cohaerere in confesso est. Et hanc executionis necessitatem pro exercitio summae jurisdictionis leges imperii subinde agnoscunt, elusorias dicendo judicis sententias executione destitutas. *ordin. cameral. p.* 3 *tit.* 48. §. 1. Nec auctor dissertationis hoc assertum impugnabit, utpote quod ab ipso *cap.* 3. satis defensum deprehendes.

POSITIO II.

Jus exequendi res judicatas non necessario per ipsum jus dicentem exercendum, sed hoc alteri salva jurisdictione summa concedi potest.

Non enim confunden 'a haec sunt: jurisdictionem sine executione esse non posse, si illa effectu suo gaudere debeat: Et, jurisdictionem penes unum esse posse, et jus exequendi penes alterum. Nihil enim obstat, quo minus ille, qui eminentissima jurisdictione gaudet, hanc ejus partem communicare possit alteri. Sane olim imperatores romani rarissime suas exequebantur sententias, sed per provinciarum praesides hoc expediebant. Ita enim Ulpianus in *l.* 15. §. 1. *ff. de re judic. sententiam Romae dictam etiam in provinciis posse Praesides, si hoc jussi fuerint, ad finem persequi.* Pariter imperatores Diocletian. et Maxim. in *l.* 32. *c. de transact.* hanc Praesidum potestatem praesentibus exprimunt: *Praeses provinciae usitato more legum, rebus pridem judicatis effectum adhibere curabit*; cui gemina sunt illa, quae impp. Sever. et Antonin. *l.* 3. *c. de execut. rei judicat.* rescripserunt: *Praesidem provinciae rem judicatam exequi debere.* Quamvis itaque jussum imperatoris exigat Ulpianus in *d. l.* 15. §. 1. si Praeses exequi debeat; attamen non est dubium, generali jussione hoc expediri potuisse, vel etiam Praesides usu et observantia potestatem exequendi sententias sibi acquirere valuisse; quorsum collimant verba d. l. 32. ubi Praesidibus provinciarum *usitato more legum* executionem competere assertum est.

POSITIO III.

Hoc jus exequendi directoribus circulorum vel ducibus per leges imperii publicas quaesitum est.

Veritatem hujus positionis evincunt tot sanctiones publicae, tam superiori, quam nostro seculo publicatae; circulorum enim institutio feliciorem pacis publicae conservationem et justitiae administrationem pro fine habuit, sicut apparet ex ordinatione regimenti *de anno* 1500. et cum postea denarius circulorum numerus anno 1512. a Maximilio o imp. introduceretur, expressis verbis executio sententiarum ipsis commissa in *d. recess. de anno* 1512. §. 9. *Desgleichen sollen die Hauptleute und ihre Zugeordnete der Circul mit Vollenziehung der Urthel, so im Cammer-Gericht gesprochen, und in ihre Krafft gangen, und dann die executorial darauff gefolget, rathen, fürnehmen und helffen, dass solch Urthel vollenzogen werde.* Et *in* §. 10. additur, si duces circulorum non sufficiant executioni, tunc demum causam ad imperatorem deferendam esse, ubi imperator adstringitur ad convocandos status alios, quo cum his deliberetur, quo pacto executio expedienda. Imo clarior adhuc sanctio est de executione per circulos expedienda *in der Erklaehr. des Landfriedens de anno* 1522. *tit.* 1. ubi executio 10. circulis injuncta, *dass die Straffe und Handhabung gemeines Rechtens, des Landfriedens, und andere Execution der gesprochen Urtheil durch X. des Heil. Röm. Reichs Krayse geschehen sollen.* Hoc jus circulis prolixe confirmatum in ordinat. execut. quae inserta *recess. imp. de anno* 1555. Idem repetitum *in ordin. cam. part.* 3. *tit.* 48. §. 8. ubi facultas exequendi, quae circulis concessa *in der Handhabung des Landfriedens*, extensa est ad executionem omnium sententiarum cameralium. Et, ne existimet quispiam, specialem jussionem Caesaris semper praecedere debere, ut executionem suscipe e possint circuli, clare disponitur, *dass sie dem Anruffenden Hülffe mittheilen sollen, ihren tragenden Aemtern und auffer legten Befehl nach*, quae verba aperte docent, jus exequendi ducibus circulorum incumbere vi officii (*Krafft ihrer tragenden Aemter*) et vi mandati generalis vel commissionis perpetuae in declaratione pacis publicae ipsis concessae, (*und auffer legten Befehl Vermöge und Inhalt angeregter Ordnung und Handhabung des Landfriedens*). Imo in eadem *ord. cam. part.* 3. *tit.* 49. tunc demum auxilium imperatoris ad executionem adimplendam exigendum, si circuli illam facere nolint: verba haec sunt: *„Unde wo sich zutrüge, dass einer oder mehr [illegible], oder die Krayse alle, welches doch nicht seyn soll, die execution nicht auff sich nehmen, sondern sich derselben widersetzen würden, sollen Cammer-Richter und Beysitzer solches an die Kayserl. Maytt. gelangen lassen.* Clarius haec repetita *in instrum. pac. art.* 16. §. 1. *et seqq.* ubi executio restituendorum occasione pacis circulorum directoribus asserta. Paria occurrunt in *rec. imp. de anno* 1654. §. *Wegen des modi exequendi* 15. ubi executio collectarum cameralium circulorum directoribus asseritur. Et tandem, ne haec ad executiones speciales restringantur, omnium sententiarum executio circulorum directoribus per verba praeceptiva, necessitatem quamdam continentia, asserta in eodem *recess. imp.* §. 160. Ut inde dubium amplius superesse nequeat, exequendi jus circulis per ll. imperii publicas, toties quoties repetitas, validum quaesitum esse.

POSITIO IV.

Jus exequendi circulis eorumve directoribus aut ducibus eo validius competit, cum non simplici lege imperatoria aut privilegio, sed pacto publico imperatoris et omnium statutum consensu ipsis quaesitum sit.

Equidem certum alioquin est, per legem aut privilegium jus validum alicui acquiri posse; attamen longe validius esse, quod pacto publico quaesitum est, nemo inficias ibit. Legum civilium illa ratio est, quod facile mutari queant, et subjectae maneant arbitrio legislatoris, qui illas interpretandi licentiam sibi reservasse censetur. At vero, quae pacto publico quaesita sunt jura, vinculo juris gentium nituntur, nec sine manifesta injuria alteri paciscentium auferri possunt. Imperatores enim reges ac principes omnes ex contractu aequali nexu constringuntur, quo privati. Nec interpretandi quidem licentia in ejusmodi pactis imperatori relicta, sed potius contra illum explicanda sunt, utpote cum clarius negotium exponere potuisset, sicut haec ex vulgatis jurium brocardicis notissima esse suppono. Atqui vero facultatem exequendi pactione tali publica circulis quaesitam esse probatu facillimum est. Nam in *ordinat. imper. de anno* 1512. ubi §. 9. Circulis executio sententiarum cameralium commissa, praemittitur mox in limine, caesarem cum statibus super punctis ibi expressis conventione publica semet obligasse, per verba: *und sie mit uns nachfolgende articul gegen und mit einander vereiniget, verpflichtet und vertragen,* et in declaratione pac. publ. *de anno* 1522. §. 1. expresse dicitur, quod modus exequendi sententiam per Circulos conventione et pactione publica nitatur, *von Chur Fürsten, Fürsten und Staenden bewilliget und angenommen worden.* Porro et jura directorum circularium, *derer Krayss Fürsten*, in convocandis statibus et ordinandis rebus circuli eodem pacto publico munita in *rec. imp. de anno* 1548. §. *damit. nun.* 13. Ulterius *in rec. imp. de anno* 1548. §. *damit auch künfftig.* 37. pactitius hic exequendi modus sequentibus verbis expressus, *Wir haben uns mit Churfursten, Fursten und Staenden, einer gemeinen würcklichen execution, wie bemeldte Acht und gesprochene Urtheil hinführo vollenstrecket und exequiret werden sollen, einmüthiglich verglichen und entschlossen, auch darauff bewilliget und zugesaget.* Idem repetitum *rec. imp. de anno* 1555. §. 33. Imo ipsa ordinatio cameralis non tantum communi statuum consensu conscripta, sed et in specie, quando *part.* 3. *tit.* 48. §. 8. Circulis executio sententiarum conceditur, imperator se remittit *auff die verglichene Handhabung des Land-Friedens.* Nec aliam quam pacti publici vim habere potest inst. Pacis, utpote quod communi imperatoris et statuum consensu conscriptum. Et in specie, quando *art.* 16. §. 2. directoribus et praefectis circulorum executio illorum, quae ob pacem restituenda, commissa est, notanter subjicitur; hoc fieri debere juxta ordinem executionis, et haec pacta. Eumdem conventionis nexum in recess. imp. novissimo urgeri posse ex §. 197. et 199. ejusdem recess. liquido constat. Imo in specie circa modum exequendi, conventionem inter imperatorem et status initam esse testatur §. 15. *de recess. de anno* 1654. Et tandem, cui facies imperii hodierna non ignota est, sponte mecum fatebitur, non legibus, sed pactis et conventionibus stare rempublicam romano germanicam, postquam in societatem ferendarum legum admissi principes ac status, et fasces regiminis imperatori non aliter, nisi sub solemni capitulationis pacto committuntur, quo quicquid jurium unquam quaesitum est statibus imperii ac circulis, solemni juramento confirmandum fuit; ut adeo, si juribus statuum quaesitis quicquam detrahere vellet imperator, jurisjurandi religione sine dubio contraheretur, praesertim quoad praesens negotium, cum jura circulorum specialim confirmata *in capitul. articul.* 6. et ordinationi executionis neque directe neque indirecte contraveniendum esse, cautum sit *cap. Leopold. art.* 2.

POSITIO V.

Jurisdictio vel ejus pars, quam quis lege seu conventione publica quaesivit, non delegata est, sed ordinaria.

Ratio assertionis hujus claro jure nititur: hoc enim indicium ordinariae jurisdictionis est, quod lege data sit. *l.* 6. *ff. de jurisd.* Ex quo ulterius sponte fluit, non alieno, sed suo jure ex pacto publico vel lege quaesito, executionem tamquam jurisdictionis partem competere directoribus ac ducibus circulorum. Quod si regesseris, mandato tamen executoriali opus esse, quod indicio est, alienam jurisdictionem exerceri a circulis; qui vero alienam jurisdictionem exequitur, nihil pro suo imperio agit, sed pro eo, cujus mandato negotium suscipit. *l. etsi praetor. ff. de offic. ejus cui mand. jurisdict.* Respondeo, salvam rem esse, si inter executorem distinguas, cui libera judicis voluntate committitur negotium; et illum, cui quid ex juris necessitate committendum. Ille nihil proprii habet, sed solo mandantis jure sententiam exequitur: huic vero non tam mandatur executio, quam is requiritur ad faciendum officium, per *ordin. cam. p.* 3. *tit.* 48. §. 8. *Dass die Krayss-Obersten den anruffenden ihren tragenden Aemtern und aufferlegten Befehl nach Hülffe ertheilen*, de quo dictum *posit.* 3. Ut hinc illa mandata caesarea, quae ad directores vel duces circulorum dirigenda, per *rec. imper. de anno* 1654. §. 160. magis sint excitatoria, ut circuli officium faciant, quam quod jus exequendi conferant. Unde mandatum hoc de exequendo, intuitu Caesaris et circuli, non voluntarium est, sed necessarium, dum negotium hoc publicis legibus jam antea Circulis commissum.

POSITIO VI.

Imperator in exercitio ordinariae jurisdictionis status impedire et causas ad ipsos pertinentes ad se avocare nequit, nisi vel justitia denegata, vel causa mediante appellatione ad imp. devoluta.

Ratio asserti clarissimis imperii sanctionibus nititur. Promisit enim imperator *in capitul. art.* 3. *Alle unde jede Staende bey ihren Hoheiten, Geist und Weltl. Würden, Rechten, Gerechtigkeiten, Macht und Gewalt verbleiben lassen, ohne Unsern und maenniglichen Eintrag und Verhinderung*; ex quibus evidentissimum esse reor, non posse status, et

sic nec circulos in juribus semel quaesitis turbari aut impediri a caesarea majestate, sed liberum ipsis exercitium relinquendum esse. Unde porro in *capitul. Leop. art.* 26. cautum; imperatorem non debere executiones sententiarum cameralium impedire aut avocare vel prohibere; hujus vero rei ratio eadem in judicio aulico esse debet, uti constat ex *capitul. art.* 42. verbis: *noch dessen execution gehindert.* Porro in *art.* 37. *capit.* solemniter promissum est, *der Executions-Ordnung oder andern Gesetzen zuwider kein Rescript, Mandat oder Commission ausgehen zulassen.* Quo nihil apertius pro tuendo jure executionis circulorum dici poterat, quod scil. in eo ab. imp. mediante commissarii constitutione impediri non debeant. Et huc omnino referendus est insignis locus *aus des Friedens Executions Haupt-Recess. de anno* 1650. §. 6. in quo imperatori omnis potestas adimitur, impediendi executionem circulorum directoribus indultam, verbis: *Und soll hierunter weder von der Röm. Kaeyserl. Mayti. noch jemand andern den Krayss ausschreibenden Fürsten oder Executoren einige Inhibition oder Einhalt nicht geschehen.* Hinc camera quoque cum circulis in executione concurrere, et executionem circuli per mandata impedire nequit, sicut in actis wertheimensibus contra Wurzburg prolixe ostensum. Quod sane posset, si non suo, sed solo mandantis jure circulis competeret executio.

POSITIO VII.

Status imperii ejusque circuli in jure publicis ll. quaesito turbati, se ipsos defendere possunt.

Est enim defensio possessionis omni jure licita, *l. devotum.* 8. *c. de metatis.* adeo, ut armis expediri possit, secundum *l.* 1. *c. unde vi.* Equidem non diffiteor, multum interesse, an turbatio possessionis fiat inter aequales, an a superiori. Verum jure, quo in imperio utimur, constat, defensionem hanc etiam contra judicem via facti procedentem, vel etiam contra illum, qui mandato superioris munitus, alterius jura turbare cupit, sibi locum vindicare; cum non debeat inde injuriarum occasio nasci, unde jura proficisci debent. *l. meminerint.* 6. *c. unde vi.* Sane constat ex *capitul. caesar. art.* 42. mandata et rescripta legibus imperii, et sic quoque ordinationi executionis contraria, nulla et invalida esse debere; hac autem nullitate supposita effectum juris habere, aut circulos, quo minus jura sua contra ejusmodi nullitates defendant, repellere nequeunt. Imo evidentius adhuc in *art.* 38. *capit. Leopold.* mandatis et commissionibus recessui executionis aliisque imperii ordinationibus contrariis clausula cassatoria et annullatoria subjecta est, verbis: *Was diesen und andern vorgemeldten articul und Puncten zuwider erlanget oder ausgegeben würde, das alles soll Krafftloss, tod und ab seyn, inmassen Wires auch jetzet alsdann, und dann als jetzet hiemit cassiren, tödten und abthun.* Quae ergo ipse imperator in publico capitulationis pacto pro nullis, antequam fierent, declaravit, quis illa de facto removeri posse negatum iret. Et omnino huc facit argumentum ex eadem *capit. art.* 7. ubi principibus et statibus defensio jurium sibi competentium propria auctoritate indulgetur, per verba; *sich bey ihren hergebrachten und habenden Fürstl. juribus selbst zu manuteniren.* Imo clarius adhuc in *l.* 8. *c. de jure fisci* facultas resistendi conceditur contra officiales Caesaris, si in exequendo tenorem datae legis, vel, nostro casu, tenorem publicae legis, circa modum exequendi praescriptae excesserint, juncta. *l.* 8. *c. de execut. et exact.*

POSITIO VIII.

Exequendi jus imperii circulis concessum, nihil detrahit majestati imperatoris.

Durum equidem videtur, decidendi potestatem super causis statuum imperii facere imperatori, sed exequendi facultatem ipsi denegare; cur tamen vis omnis rei judicatae in executione consistat, sine qua elusoria est omnis jurisdictio. Revera enim idem hoc esse videtur, quam si diceres, imperatori quidem cognitio competit, pro quo litigantium justitia militet, sed victricem sententiam reportanti pro consequenda re ipsi adjudicata opem ferre nequit. Verum salva res est; non enim executione carent sententiae imperatoriae, licet ipse eamdem non expediat: quicquid enim a circulis circa executionem suscipitur, nomine caesareae majestatis expeditur, unde et mandatum de exequendo ab imperatore ad directores et duces dirigitur. Nec in arbitrio illorum est, an exequi illas velint, vel non, sed ad hoc omnino vi legum imperii obligantur, per *r. imperat. de anno* 1654. §. 56. *Es soll den ausschreibenden Fürsten selbigen Kraeyses die execution auffgetragen, von denen auch, wie in puncto executionis versehen, unweigerlich vollenzogen werden.* Aut, si sine justa causa hoc munus detrectent, imperatoria auctoritate ad hoc adigi, et vicinis circulis haec sparta committi, vel extra ordinem de modo exequendi providere potest imperator, per *ordin. cam. p.* 3. *tit.* 49. §. 3. *Wo sich zutrüge, dass einiger oder mehr Krayse, oder die Krayse alle, welches doch nicht seyn soll, die execution nicht auff sich nehmen, sondern sich derselben widersetzen würden, soll solches an ihre Kaeyserliche Maj. berichtet, und von derselben gebührliche Versehung erfolgen.* Expedit ergo ipse imperator executionem sententiae per circulos, nec circuli hac in parte hanc declinare possunt. Quod vero imperator non alia ratione quam per circulos id facere possit, hoc ex conventione publica est, nec minuit majestatem imperatoriam, cum ad hanc pateat recursus, si circuli mandata executorialia imperatoris non expediant, vel inter ipsos directores circulorum circa modum executionis dubium oriatur, per *declarat. pac. publ. de anno* 1522. §. *ob der obgemeldten Kraeyss halben* 39. Ita ergo modus exequendi consensu imperatoris et statuum determinatus non variat rem, aut executionem imperatori adimit; sed eidem salvam conservat, licet alium exequendi modum non admittat. Sane in territoriis principum imperii plerumque expediuntur executiones per magistratus inferiores, sub quibus bona exequendi sita; quodsi vero alia exequendi via illis exclusis eligatur, in promtu querela est, praejudicio hoc esse juri suo hucusque quaesito. Nemo autem principum, hac exceptione ab inferiori judice opposita, eminentiam suam laedi conquaestus est hactenus. Sunt rebus publicis in universum omnibus sua pacta, sunt leges fundamentales, quae regula ad instar in publicorum negotiorum expeditione

servandae, quo et imperantibus constet, quo medio ad obsequium adigendi cives, his vero pateat, qua via, quod sibi debetur, persequi teneantur. His legibus probe servatis pacatum erit imperium illi, qui praeest reipublicae, et proni ad obsequium se exhibebunt cives: a regula autem semel conventa si discedatur, suspectum subditis redditor imperium, nec ad obsequium se adstrictos censebunt, legibus imperandi non servatis. Gloriae quondam sibi ducebant imperatores Theodosius et Valentinianus, principatum legibus submittere, et, cum ex auctoritate juris imperatoria pendeat auctoritas, legibus se alligatos principes profiteri: quam dignam regnantis majestate vocem repetendam duxit Justinianus in *l. 4. c. de II.* Majus itaque, ex mente optimi imp. nostri, imperio erit submittere pactis principatum, cum ex auctoritate pactorum publicorum et ejus pendeat auctoritas.

DISSERTATIONIS.

CAPUT I.

De causa impulsiva scribendi hanc dissertationem.

Quam hic praemittit auctor scripti sui causam, ut scilicet desiderio illorum, qui de officio directorum et ducum circularium in executione sententiarum quicquam legere cupiunt, satisfaciat, palliata plane est, cum ex perlectione totius scripti abunde appareat, directorum circuli inferioris Saxoniae facta, nuper pro conservando jure exequendi suscepta, ipsum tacite perstringere voluisse. Verum cum hanc suam intentionem dissimulet auctor, in terminis generalibus de hac materia agendo, ego idem facturus sum in praesenti: sc. generatim auctoris asserta ad censuram legum publicarum revocabo, non animo decidendi hanc controversiam, utpote quae res ad comitia pertinet, sed quae circa dissertationem illam monenda duxerim, sine ullo verborum apparatu vel acerbitate in contrariae dissertationis auctorem, lectori candido exponam, ejus censurae relicturus, cujus sententiam calculo suo approbare velit.

CAPUT II.

De origine judiciorum.

Quae de judiciorum origine eorumque necessitate hic disserit auctor, bene se habent, nec a quoquam in dubium vocabuntur. Instituto tamen praesenti convenientius fuisset, de origine summorum Germaniae judiciorum disseruisse, quippe quae lucem subsequentibus non vulgarem afferre poterunt. Duo autem summa imperii tribunalia esse, videlicet judicium aulicum, et cameram imperialem, nemini ignotum esse potest. Judicium camerale in comit. Wormatiensibus *anno* 1495. a Maximiliano I. imp. institutum esse constat, et quidem non solius imperatoris arbitrio, sed unanimi statuum consensu; unde non aliter ibi processus peragendi, quam uti publicis imperii legibus communi statuum consensu publicatis, sancitum. Hocenim testantur verba *prooemii ord. cam.* Imperatorem cum statibus convenisse, ordinationem illam, uti tunc concepta fuit, publicandam esse, verbis: *Dass diese Ordnung also zu publiciren, haben wir Uns mit Ihnen, und sie sich wieder mit Uns vereiniget und verglichen.* Quapropter in confesso est, quae ibi circa modum exequendi statuta sunt, stricte observanda esse, nec alium exequendi modum imperatori salvum esse, quam qui illa ordinatione et novissimo imp. recess. praescriptus. Judicium vero Aulicum, utut aetate cameram vincat, et solum imperatorem agnoscat auctorem, dignitate tamen superius non est; imo non vanum pro eminentia camerae argumentum inde capitur, quod ab imperatore et toto imperio constituta, quem in finem hoc elogio mactatur in *recess. imper. de anno* 1654. §. 165. *Unsre und H. Reichs Cammer Gerichte, welches uns sambt Chur-Fürsten und Staende des Reichs praesentiret.* Et in *recess. imp. de anno* 1531. §. 16. Camera appellatur, *das höchste und letzte Gerichte.* Quamvis itaque status imp. superiori seculo Caesari liberam potestatem formandi judicium aulicum reliquerint, certum tamen est, omnia cum consilio electoris Moguntini, totius imperii archicancellarii, ordinata fuisse. Fatetur enim hoc Ferdinandus I. imp. *in ord. judicii aulici princip.* verbis: *unsre Kaeyserl. Reichs Cantzley-Ordnung mit Rath und Zuthun des Ertz-Bischoffen zu Maynz fürgenommen, und mit seiner Liebden darüber verglichen und entschlossen.* Idem repetit Maximil. II. imp. *in der Hof-Reichs-Cantzley-Ordnung, de anno* 1570. Ut hinc imperator invito imperii archi-Cancellario circa justitiae administrationem et procedendi rationem nihil immutare possit, sed, si quid hic emendandum, hoc ejus consensu expediendum. Et haec potestas moguntini electoris per *instr. pac. art.* 5. §. 56. expresse confirmata, ubi ipsi visitatio consilii aulici, totties quoties opus fuerit, h. e. imperatore etiam non desiderante, concessa, et in *capit Leopold. art.* 12. cum hac extensione repetita, ut imperator hanc visitationem a moguntino instituendam impedire nequeat. Hinc ad moguntinum elect. subinde recurrunt status, si male administratae jurisdictionis postulari possit judicium aulicum, ut defectus emendet et impedimenta justitiae tollat. De caetero autem, quamvis processus quoad formalia in hoc judicio aulico brevior sit processu camerali, attamen quantum ad materialia, et praesertim illa, quae jura imperii statuum concernunt, aeque adstrictum est ad observantiam *instr. pac. et recess. imp.* et sic quoque ad ordinationem executionis, ut, si contra quid factum, sive per mandata, sive per commissiones, hoc pro illicito ac nullo reputetur. Ita enim Ferdinandus III. *in ord. jud. aul. de anno* 1654. *tit.* 2. §. 1. cavendum censuit; *Wir befehlen auch hiemit unsern Reichs-Hof-Rats Praesidenten und Raethen ernstich, und wollen, dass sie in Erkennung der Citationen, Rescripten, Mandaten, und andern Processen, nicht bloss allein unsere Kaeyserl. Hoheit, sondern auch unsere und des H. Reichs Churfürsten, Fürsten etc. Privilegia, etc. aller Gebühr nach sorgsamlich in acht nehmen, und den Reichsstaenden unberührt bleiben lassen, darwieder auch durch mandata, commissiones, advocationes, oder auff einige andere Weise niemand beunruhigen*

oder beschweren, sondern sich den gemeinen Rechten, Reichs-Abschieden, und wohl-verordneten Satzungen, ohne Verletzung der Staende Privilegien, gemaess verhalten. Jungatur. *cap. Leop. art.* 18. *et Josephi art.* 17. Imo nec hodie amplius de eo dubitandum, postquam in *instr. pac. art.* 5. §. *quod processum* 55. clarissime cautum, quod ord. cam. quoad processum judiciarium etiam in judicio aulico per omnia servari debeat. Quod et Ferd. III. repetiit in *ord. jud. aul. tit.* 2. §. *So wollen Wir* 7. *dass die Kayserl. cammer-Gerichts-Ordnung, und in allen Sachen gewöhnliche Processe, Termine und Solennitaeten gebraucht und observiret werden sollen.*

CAPUT III.

De executionum judicialium necessitate.

Sententias exequendi necessitatem, quam hic commendat auctor, nemo in dubium vocabit, cum enim in finem rei judicatae vigor per executores ad effectum deducendus, *l.* 8. *c. de execut. rei judic.* eaque propter, ne ab executione appelletur, jure caesareo provide cautum est. *l.* 8. *ff. de appellat.* At vero haec omnia non aliter capienda sunt, quam si servato ordine et causa cognita sententia fuerit lata, et haec judicati vires acceperit; nimis propere enim judex ante rem judicatam victorem in bona debitoris immittit, per notabilem textum in *l.* 1. *c. de execut. rei jud.* Si itaque sententia neglecto solito judiciorum ordine lata, quod fieri non debebat. *l. prolatam.* 4. *de sentent. et intervoc.* et judex festinata executione, praeter morem alias receptum, sententiam ad effectum deducere nitatur, et ita ordinarias executionis leges transgrediatur, non justitiam administrare, sed potius vim facere videtur; unde insolens non est, contra talem executionem appellationis beneficio se tueri. *c.* 15. *in fin. x. de sentent.* Sed et, si hoc modo praejudicium averti nequeat, et in mora periculum subsit, vim festinata executione illatam vi repellere nefas non erit. Equidem melius facturum esse illum, cui per talem sententiam insolitamque executionem damnum illatum, si placidis potius remediis, quam violentis utatur, facile largior: ast, cum melius sit, intacta servare jura sua, quam post vulneratam causam remedium quaerere, *l. fin. c. in quib. caus. restit.* consilium hic saepius in arena capiendum; non ut destruatur auctoritas superioris, sed ut ab hoc, ne talia porro contingant, medicina afferatur; unde ad hunc negotium mox referri solet. Et hoc eo minus vitio vertendum illis imperii statibus, qui nec actoris nec rei partes in illa causa sustinuerunt, quorum tamen juri legibus publicis quaesito insolita executione praejudicatum. Hi enim, si praejudicium facto legibus contrario illatum amoliantur a se, non turbis pessundare nituntur rempublicam, sed potius quietem ipsius promotam cupiunt, hoc unice urgendo, ut in causis statuum imperii aperto jure non clandestinis machinationibus omnia peragantur. Ex hoc enim irregulari procedendi more turbae omnino nascuntur, quas in tempore reprimere necessum est, ne radicibus actis reparatio reddatur difficilior. Nec hic allegandum est, publica utilitate haec singulorum incommoda rependi: sed invertenda haec potius erunt; et hoc modo efferenda: ut unius utilitati festinata executione consulatur; non turbanda tranquillitas publica, et leges imperii violandae, juribusque circulorum legitime quaesitis derogandum. Demum nec metuenda hic litium immortalitas; quamvis enim hujus evitandae causa properandum in processibus esse censuerit optimi impp. *in l. properandum* 13. *c. de judic.* attamen haec omnia secundum leges fieri debent, quibus sepositis, novis nullitatum quaerelis ansa suppeditatur, et sic revera lites ex litibus nascuntur. Quadrabit huc vulgatum illud: *raro nocuit mora, sed saepius festinatio.*

CAPUT IV.

Potestatem exequendi cum facultate judicandi regulariter conjunctam esse.

Concessa jurisdictione, jus exequendi quoque indultum esse non nego, cum partem jurisdictionis esse supra a me ostensum sit *posit.* 1 Sed, cum hoc *regulariter* ita se habere ipse dissertationis auctor agnoscat, non difficulter admittet jurisdictionis et executionis separationem, de quo dictum *posit.* 2. Caeterum in eo omnino fallitur, quod executionem, tamquam succedaneam, nemo affectare valeat, cui jurisdictio tamquam antecedens non competit. Sicut enim jure romano jurisdictionem a mixto imperio, quorsum immissio in bona pertinet, separare nefas non erat, *l.* 4. *ff. de jurisdict.* ita nec moribus nostris haec ubique cohaereant necessum est. Imo sicut tota jurisdictio lege vel consuetudine acquiri potest; quid vetat ejus partem, seu jurisdictionis executionem, eodem jure acquirere, uti evictum *in posit.* 3. *et* 5. Quicquid enim delegatione superioris indubitato alicui competere potest, quidni etiam lege hoc tribui, aut pacto cum domino jurisdictionis inito acquiri posset? Et frustra hic regeritur, in judiciis subalternis hanc separationem potestatis judicandi et exequendi admitti posse, non in judiciis supremis. Diversitatis enim rationem desidero, quae non ex eminentia summi judicis petenda, sed ostendendum, aliam esse jurisdictionis et executionis indolem, quantum sc. ad exercitium, si haec in superiori vel inferiori judicio administretur. Utrobique enim executione opus est, sed, ut utrobique idem judex, qui sententiam tulit, illam exequatur, nullo ratiocinio evincetur. Imo quo eminentior judex est, eo minus usu Germaniae se executionibus immiscere solet: nihil enim frequentius, quam quod causa per appellationem ad superius judicium devoluta et ibi confirmata, executioni tamen se non immisceat judicium superius, sed proprio motu causam remittat ad inferiorem, ut hic sententiam exequatur. Et ob hanc causam Praesidibus provinciarum executionem commisisse priscos impp. demonstratum est *posit.* 2. Imo si adhuc hodie in supremis imperii judiciis pronunciatum sit, et ille, qui succubuit, non sit civis immediatus, sed alii principi vel statui subjectus, non commissario cuidam extraordinario, sed magistratui executio committenda, per *recess. imp. de anno* 1654. §. 160. *Es soll die execution sowol auff den Poen-Fall als in der Haupt Sachen seiner Obrigkeit, oder* (in casu sc. si exequendus sit immediatus) *des Krayses, in dem er gesessen oder begütert, ausschreibenden Fürsten anbefohlen werden,* quod et jam antea cautum fuit *in ord. eam. part.* 3. *tit.* 46. §. 5. 6. *et* 7. Si vero magistratus ordinarius

executionem hac facere detrectet, vel ob defectum virium facere nequeat, nondum causa redit ad imperatorem, sed ad circulorum directores vel duces, ut hi ordinarii magistratus vices suscipiant, et sententiam exequantur, *r d. ord. cam. tit.* 48. §. 7. *et* 8. Eodem modo agendum executio, si contra pacis publicae violatores haec instituenda. *ord. cam. part.* 3. *tit.* 49. §. . *seqq.* Quae de modo executore subjicit auctor, quod eidem facultas judicandi non competat, hoc juri communi omnino congruit. Imo facile ipsi largior, executorem rei ab alio judicatae executionem impedire non posse; nec credo dissertationis auctori exemplum occurrere, ubi executor judicandi potestatem sibi sumpserit, et sub hoc praetextu executionem impedierit, ut inde executoribus quamdam affectuum corruptelam imputare necessum non habuerit. Hoc vero controversiae momentum est: si judex superior sententiam suam irregulari modo exequi cupiat, et executores illos, quibus haec facultas publico jure quaesita, praetereat, an non tunc irregulari executioni ab his resisti, et ordinaria exequendi via defendi possit; hoc enim omnino ipsis permissum esse, ostensum est *posit.* 7. Quae in fine hujus capitis in specie de directoribus et ducibus circulorum subjicit, illos in subsidium ad executionem concurrere, hoc omnino falsum est, si ita intelligat auctor quasi ipso imperatore executionem facere nolente, subsidiaria directorum circuli opera demum accedat: verba enim *recess. imp. de anno* 1654. §. 160. modum exequendi non arbitrio imp. reliquunt, sed praeceptivam quamdam dispositionem continent, *Es soll alsdann die execution durch seine Obrigheit, oder des Krayses Ausschreibende Fürsten geschehen*, vid. *supra posit.* 3. Eatenus vero admitto, subsidiariam esse circulorum executionem, si pars victa terminum paritorium, in sententia sub comminatione poenae expressum non observaverit, quod tunc demum res ad circuli directores devolvatur juxta *d. recess.* §. 159. Si enim pars victa sponte pareat, non opus erit executione circulari. E contrario, si aula caesarea terminum paritionis sententiae non inferat, imo ne quidem sententiam parti victae publicet, sed antequam publicata, per clandestinam executionem, non requisitis circulorum directoribus, illam exequi nitatur, quis non interverti videt ordinem in recess. imp perspicue praescriptum et quis hac ratione male verteret Praesidibus circulorum, si insuitatam hunc exequendi morem, ne simile quicquam contingat in posterum, a se omni modo possibili in tempore amoliantur.

CAPUT V.

Sacrae caesareae majestati aeque exequendi ac judicandi partes competere.

Supremam judicandi potestatem imp. competere, neminem in dubium vocare confido. Est enim ille fons omnis jurisdictionis, cujus rivuli in tot imperii status derivati, a quibus ad illum fontem recurritur iterum, si vel ad caesaream majestatem appellatum, vel ob denegatam justitiam ejus auxilium implorarum. Nec asserere mihi animus est, hanc jurisdictionem imperatoriam executione destitutam esse, aut imp. ipsum jure exequendi sententiam carere. Sed controversia tantum remanet de modo ac ratione executionem secundum hodiernas imp. constitutiones instituendi; haec cum legibus publicis certam receperit formam, ab hac in casu occurrente non discedendum. Forma vero haec est: in sententiis a summis imperii tribunalibus latis loco executorialium inserendus est terminus paritorius, sub certa poena, si interea paritionem non docuerit victus, et sub commissione realis executionis. Quodsi interea temporis sententiae non paruerit, executio demandanda vel magistratui, sub quo degit victus, si hic mediatus civis sit, vel, si immediate imperio subsit, directoribus circuli, in quo bona condemnati sita; vel tandem, si potentior sit ille, qui exequendus, vicinorum circulorum directores in subsidium vocandi, per *recess. imp. de anno* 1654. §. 159. *et* 160. Juxta hanc legem si fiat executio, ipse imperator sententiam executus videtur, quia ejus nomine mandata executorialia ad circulos diriguntur. Sed si imp. ab hac lege publica recedere, et insolita exequendi via uti velit, omnino habent, de quo conquerantur circulorum directores aut duces, ne in praejudicium circuli a forma executionis discedatur, et juribus ipsorum praejudicetur. Falsum itaque est, majestatem imperatoris salvam esse non posse, si non liberum jus exequendi ipsi indulgeatur, ut demonstratum in *posit.* 8. Nec operae pretium est, ut quae in fine hujus capitis adducit dissert. auctor, nulla sc. imperii constitutione, nulla capitulatione ostendi posse, quod in alium exequendi facultas translata sit, prolixe hic repetantur; sufficere enim poterunt lectori, quae *in posit.* 3. *et* 4. *jam sunt adducta.*

CAPUT VI.

Exequendi subsidiariam non tam directoribus, quam ducibus circulorum datam esse.

Quod in inscriptione *subsidiariam* vocet auctor exequendi facultatem, quae directoribus vel ducibus circulorum competit, hoc simpliciter admitti non posse, jam supra monui *cap.* 4. *circa fin.* quorsum lectorem remitto. Ipsum vero thema, de quo hoc capite disserit, scopum praesentem non ferit, sed, si in judicio contradictorio hoc urgeret auctor, in promptu foret replicatio, hanc esse exceptionem juris tertii, quae excipienti nulla ratione prodesse poterit. Numne enim hoc pacto liberior exequendi potestas competit imp. si non circulorum directoribus, sed ducibus executio in ll. imperii injuncta? Sufficit sane, quod per aliquem horum executio fieri debeat, et non immediate per imperatorem. Et sufficit ad iniquitatem alicujus executionis demonstrandam, hanc nec duci circuli, nec directoribus commissam fuisse. Imo sufficit, si dux circuli directoribus hanc spartam relinquat. Certe in illo circulo, ubi aliquis ex directoribus simul ducis munere fungitur, quod secundum ll. imperii fieri posse constat ex *recess. imp. anno* 1555. §. *und da einer* 73. haec concertatio plane evanescit. Supersedere itaque hac opera possem in repellendis illis, quae hoc capite adduxit auctor, quia tamen vestigia ejus me secuturum promisi superius, fidem datam implere necessum habeo.

Circulorum directoribus ab initio exequendi facultatem in ll. imperii non fuisse concessam, sed ducibus, existimat auctor. Respondeo, rectius dici, circulis ipsis jus exequendi competere, qui hoc vel per duces

vel per directores expediunt. Verba enim declaratae pacis publicae de *anno* 1522. *tit.* 1. *Dass die execution der gesprochenen Urthel durch die* 10. *Reichs Krayse geschehen soll*, clariora sunt, quam ut hoc negari possit. Imo adhuc in *capitul. leopold. art.* 8. *circa fin.* Imperator promittit *bey denen nechst angesessenen Krayss-Staenden die Versehung zu thun, dass ihnen assistiret werde*, ubi iterum nec ducum nec directorum fit mentio. Porro ipsi duces a circulis constituuntur *d. declarat. de anno* 1522. §. 3. *et recess. imper. de anno* 1555. *et* 74. et ab his mandata sua accipiunt. *d. rec. imp. d. an.* 1555. §. 69. Imo et revocari hoc mandatum ab ipsis potest, prout circulo cuivis commodum fuerit. *d. r.* §. *Neben dem* 74. Ergo duces revera mandatarii circulorum sunt, quibus carere possunt circuli, si ipsi, qui directorio praesunt, hoc onus in se suscipere velint. Sed concedam, ducibus circulorum primam exequendi curam commissam fuisse, numne res haec ex antiquioribus, num recentioribus imperii legibus decidenda? Dictum est in praeliminaribus *posit.* 5. modum exequendi publica imperii conventione definitum esse. At vero in illis, quae ex conventione vel pacto dependent, non ad antiquiora, sed ad novissima respiciendum esse constat ex *l. pacta novissima* 12. *c. de pact.* quod idem quoque in constitutionibus imperatoriis observandum esse in aprico est, ex *l. fin. ff. de constit. princ.* Quod si jam oculos convertas ad novissimam imperii legem et conventionem, scilicet *instrum. pac. art.* 16. apparebit illico, plane aequali jure exequendi facultatem illis concessam esse; ita enim verba se habent: *injungendo tam directoribus, ausschreibenden Fürsten, quam praefectis militiae circularis, Krayss-Obersten, ut ad requisitionem restituendorum, juxta ordinationem executionis et haec pacta, restitutionem ejus promoveant et perficiant.* Si vero ad *recess. imper. de an.* 1654. recurras, quo recentior lex imperii publice promulgata non detur, apparebit ex ejus §. 15. executionem faciendam esse per directores circulorum, *durch die ausschreibende Fürsten*, ducum circularium nulla mentione facta. Idem repetitum *in* §. *so offt auch* 86. *d. recess. verb. Da es jemand, so dem Reich ohne Mittel unterworffen, betrifft, soll die execution dem ausschreibenden Fürsten selbigen Krayses auffgetragen werden.* Porro *in eod. recess.* §. 160. ubi in specie de executione sententiarum disponitur, diserte ita cavetur: *Es soll die Execution des Krayses, in dem Er gesessen oder begütert, ausschreibenden Fürsten auffgetragen und anbefohlen werden.* Quae tria recessus novissimi loca adeo evidentia sunt, ut duces circulorum ipsis directoribus in exequendo amplius praeferri nequeant, cum ex ultimis imperii legibus et conventionibus, uti antea dictum, res aestimanda, et antiquiores inde restringendae.

Quapropter non necessum est, ut de distinctis ducum ad directorum officiis controvertamus. Sufficit *per instr. pact.* utrisque aequaliter exequendi jus quaesitum. Imo sufficit, *ultimo imper. recess.* solis directoribus sine ullo concursu ducum circularium exequendi potestatem factam esse. Quod porro subjungit auctor, partis victricis arbitrio relictum esse, an directorum auxilium in exequendo requirere velit; male eo extenditur, quasi in arbitrio victoris esset, modum exequendi per directores vel duces circulorum negligere, et alia via sibi consulere. Hoc non invitus largior, in partis victricis arbitrio esse, an executionem petere, an illam negligere velit, nec operam suam victori invito obtrudere posse circulorum directores: eatenus enim omnino in ejus arbitrio est, an auxilium directorum requirere velit. Sed si executionem desideret, dico necessitatis esse, ut, si victus sponte non paruerit sententiae, directorum auxilium requirat, aut, si studio id facere negligat, et arbitrio suo contra ordinem legum indulgeat, aliam exequendi viam eligendo, recte se huic modo, tamquam legibus imperii et juribus suis repugnanti, opponunt circulorum directores, qui hac ratione non parti victae favent, aut executionem sententiae declinare cupiunt, sed, ut omnia decenter in imperio ex legum publicarum praescripto fiant, expetunt, et quod *posit.* 7. superius defensum, se in jure legitime quaesito defendunt.

CAPUT VII.

Directores circulorum officia ducum defectu eorum subeunt, sine extensa potestate.

Directoribus circulorum in defectu ducis exequendi facultatem hodie competere nego, et ex *recess. imp. noviss.* §. 15. 86. *et* 160. contrarium ostensum est §. *praeced.* Nescio autem, cum quo negotium sit auctori, quando dicit: *potestatem ducis directoribus cum tanta extensione non accrevisse, quasi sententiarum executionem impedire, vel plane irritam reddere ipsis integrum esset*: nullibi enim hanc potestatem sibi asseruisse circulorum directores certus sum: sed alia omnino controversia est, an executionem aliter et in praejudicium circuli institutam, impedire, et se in jure suo tueri possint? Hoc enim ipsis vitio verti non posse *cap. praeced.* jam demonstratum est. Imo nec opus erit, ut executio contra formam legum imperii suscepta, irrita reddatur, cum illa ipso jure nulla sit ac irrita. *l. non dubium* 5. *c. de ll.* Quod porro urget, directoribus vicem ducis gerentibus incumbere, *ut ad executionem sententiarum promovendam conferantur, quae a duce praestanda essent*, hoc falso nititur supposito, quasi directores in exequendis sententiis ducum vicarii essent, vel quod ducibus praedirectoribus exequendi facultas sit data: contrarium enim evictum est ex *recess. noviss. in cap. praeced.* vi cujus jus exequendi quoad directores non aliena amplius messis est, in quam falcem immittant, sed propria, ut hinc iis liberum, an ipsi illam expedire, an ducem circuli adhibere velint. Quapropter egregie fallitur auctor, dum veteres imperii constitutiones cum novissimis confundit, et solis ducibus facultatem exequendi immediate datam, directores autem in defectu ducis illam exercere contendit. Equidem resistere sibi videt auctor *noviss. imp. recess.* hinc ut ducum in exequendo praerogativam prae directoribus evincat, *in* §. 178. *d. recess.* praesidium quaerit. Verum textus verba inspicienti apparebit illico, non actum ibi esse de exequendis sententiis, sed de executione pacis publicae contra ejus violatores, et in hunc finem constituendos esse duces circulorum, ut illi contra vim externam circulis imminentem illico succurrere, et vim vi repellere valeant. Verum haec ad executionem sententiarum, de qua §. 108. actum, plane non quadrant. Hinc frustra provocat ad *recess. imp. de anno* 1555.

§. 72. *et* 107. quasi sententiarum executio se pari ratione haberet; nihil enim de modo exequendi sententias in *d.* §. 107. dispositum, sed res relicta futurae conventioni. Cum vero haec in recess. noviss. luce sua radiet, quis interpretationem novi juris perspicui ex veteri dubio repeteret? De caetero, quod in fine subjicit auctor, augustissimum imperatorem *in capit. sua art.* 2. obligatum esse ad ordinationem executionis, hoc unicum evertit integram ipsius dissertationem: sive enim haec circulorum ducibus, sive directoribus exequendi facultatem largiatur, quomodo satisfecisse capitulationi dici poterit imp. si tam ducem quam circuli directores praetereundo, ipse aliam exequendi formam suscipiat? Et quomodo actus hic a nullitatis vitio excusari poterit, qui contra datam in capitulatione fidem susceptus est, quamvis hoc optimo imperatori, qui hucusque gloriae sibi duxit, secundum imperii leges sceptra moderari, nolim imputatum: qui, si re adhuc integra de inversa illa exequendi ratione informatus fuisset, sine dubio contradixisset.

CAPUT VIII.

De institutione circulorum et directorum atque ducum circularium officiis.

Quae de circulorum institutione et distinctis ducum et directorum officiis hic disserit auctor, illa scopum non feriunt. Si enim in jure publico statuum et circulorum jura ex priscis legibus aestimare et omnia ad suas origines revocare vellemus, otiosis litibus daretur occasio: non enim in dubium amplius vocanda, quae certam legem receperunt hodie. Quid ergo proderit disputare, quando duces, quando directores circulorum coeperint; nihil enim inde decedit juribus circulorum, quorum mandatarios esse duces, non personas principales, supra probatum est. Imo ipse auctor fatetur, primarios cujusvis circuli principes reliquos status convocasse et directionis munere functos fuisse. Ergo fuerunt, qui dirigerent, antequam duces circuli eligerentur; electio enim haec a circulis fieri debuit: circulus sine convocatione convenire, et sine directione in votando concludere non potuit. Fuerunt itaque circulorum directores, antequam titulo hoc uterentur, et sic illorum prior quam ducum ratio fuit habita, licet horum nomen citius in imperii legibus occurrat, si capiteneum pro ipso duce acceperis. Hoc autem omnino negandum censeo, duces circulorum ab initio sententiarum executionibus non fuisse adhibitos; clariora enim verba sunt *in Erklaerung des Landfriedens de anno* 1522. quam ut dubitandi occasionem cuipiam relinquere possint. Utut enim de pacis publicae conservatione ibi principaliter agatur, attamen contextus liquido docet, exequendi modum ibi definitum etiam ad sententias quascumque pertinere. Verba enim rubricae *d. tit.* 1. ita se habent: *wie die Straffe und Handlung zu Handhobung gemeines Rechtens, des Landfriedens, und andere execution gesprochener Urthel etc. durch die* 10. *Krayse geschehen soll*, quae postea in ipso textu denuo repetuntur. Imo jam antea in *recess. trevirensi et coloniensi de anno* 1512. §. *desgleichen* 9. pari perspicuitate dispositum: *die Hauptleute sollen mit Vollenziehung der Urthel, so am Kammer-Gericht gesprochen, und in ihre Krafft gegangen* (ergo non ante publicationem sententiae, non ante lapsum decemnii) *helffen, damit solche Urthel vollenzogen werden.* Ex quo itaque duces constitui coeperunt, ex eo tempore illos mox jus exequendi sententias nactos esse, contra clara recess. verba negavit auctor.

CAPUT IX.

Sententiarum executiones auctoritate imperatoris ducibus circulorum non ita commissae fuerunt, ut imperator iisdam se plane abdicaverit.

Executionem sententiarum a circulorum ducibus auctoritate imperatoris expeditas fuisse non nego; sed potius exinde, quod ad mandata executorialia imperatoris ad circulos directa executio fieri debuerit; jus exequendi imperatori adscripsi. *posit.* 1. Nec dicerem, per istam commissionem ducibus factam, imperatorem omni executione se abdicasse; hoc enim non magis verum foret, quam si dicere vellem, imperatorem concedendo statibus omnem jurisdictionem, illa se penitus privasse; sed subordinata haec concessio est, quae tamen interim tantae efficaciae, ut, quamdiu status imp. justitiam legitime administrant, imperator illos in hoc exercitio nullo modo turbare aut concurrentem cum statibus jurisdictionem exercere possit. Longe enim alia ratio est concurrentis jurisdictionis aulicae et cameralis, quam concurrentis jurisdictionis imperialis cum jurisdictione statuum: illam admittit paritas judiciorum; hanc removet disparitas et subordinatio. Unde hanc primam instantiam imperator nulla commissione aut mandato turbare potest. *capit. leop. art.* 18. Idem in jure exequendi ducibus circulorum legibus quaesito verum esse *d. posit.* 8. ostensum est. Cui si jungantur, quae *posit.* 6. in medium prolata, facile corruent illa, quae hoc capite adduxit auctor. Hoc vero non omittendum, in quo dissertationis auctor Palladium suae opinionis constituere videtur, quasi circulorum duces vel directores ex mera commissione seu delegatione imperatoris facultatem exequendi haberent; eo enim supposito, imperator commissionem suam revocare, et aliis exequendi potestatem delegare posset. Huic dubio ut occurrerem, *posit.* 3. *et* 4. demonstravi, non ex voluntaria commissione, sed legibus et pactis publicis jus exequendi dependere, et hinc in *posit.* 5. ostendi, hanc potestatem quoad circulos eorumve duces vel directores non esse delegatam, sed ordinariam, eaque propter juxta *posit.* 6. imperatoris arbitrio non mutandam. Admitto ergo commissionem imperatoris, quia ejus mandata executorialia accedunt, sed perpetuam illam esse dico, et necessariam, nec arbitrio imperatoris subjectam. Quae *in fin. cap.* subjicit de sublato imperii regimento, et ejus potestate ad imperatorem reversa, sententiam nostram non invertunt: tantum enim ad imperatorem reversum admitto, quantum per pacta cum statibus postea non restrictum: quorsum sine dubio forma executionis pertinet.

CAPUT X.

Directores aut duces circulorum ad exequendum sententias non ita praecise adhibendos esse, sed a sacra caesarea majestate etiam alios commissarios ad hoc negotium constitui posse.

Hic labor, hoc opus est, ut hujus rubricae fidem faciat auctor, eamque ex legibus publicis probet: sed an hoc praestiterit, in praesenti capite jam videndum. Provocat autem ad *instrum. pac. art.* 16. §. 3. cujus haec verba sunt: *quod si etiam restituendorum aliquis, caesareanos commissarios ad alicujus restitutionis, praestationis vel executionis actum necessarios censuerit, quod ipsorum optioni relinquitur, etiam illi sine mora dentur.* Dispositio haec sine dubio ad solum illum actum pertinet, quo vi *instr. pac.* unus statuum alteri quid restituere tenebatur, quo casu ipsi restituendo arbitrium relictum, vel per circulorum directores, vel per commissarium caesareum implementum illius, quod pace publica sibi debebatur, petere; quod tamquam jus singulare ad casus plane diversos non trahendum. Nihil enim commune habet illa executio cum ordinaria sententiarum executione, cum jam antea per ord. cameralem, et postea quoque per rec. imp. certae ll. praescriptae, juxta quas expediendae sint. Nec de modo sententias exequendi disceptatum in tractatibus osnabrugensibus: hinc nec de eo in pacis tabulis transigi potuit. Equidem dispositionis hujus singularitatem elidere cupit auctor, dicendo, ordinationem executionis in *d. art. instr. p.* pro norma praesupponi, ideoque eidem commissariorum constitutionem adversari non videri. Verum, si instr. pac. paragraphos distinxisset, aliter scripsisset auctor. In §. 2. *d. art.* 16. Directoribus et ducibus circulorum injungitur, ut ad requisitionem restituendi, juxta *ordinem executionis* restitutionem promoveant. In §. 3. autem novum remedium, quod nihil commune habet cum ordinatione executionis, restituendis indulgetur, ut commissarium petant: hic vero modus si dictae ordinationi conveniens foret, quid opus fuisset specialim de eo cavere, sed sufficisset, juxta §. *praeced.* ad executionis ordinem restituendos remisisse. Frustra ergo inde ad executionem sententiarum infertur, non praecisae necessitatis esse, directores vel duces circulorum adhibere: a diversis enim non nisi pessima fit illatio, caeterum directores in hoc negotio adhibitos pro commissariis caesareis haberi, in sensu, quem auctor intendit, nego, sed si commissionem hanc perpetuam, et intuitu caesaris ob dispositionem ll. imperii necessariam dixeris, concedo, propter illa, quae adducta sunt *cap. praeced.* 9. Hoc pariter admitto, licere circulorum directoribus, executionem ob praegnantes rationes deprecari: hoc enim ipsis per ll. Imperat. indultum, per *rec. imp. de anno* 1654. §. 160. Verum inde nihil accrescit caesari, sed vicinorum circulorum directores vel duces eorum vices subire tenentur, *d.* §. 160. Quod vero subjicit, victori non minus quam victo integrum esse, directores circulorum recusare, hoc concedo, si justa suspicionis causa allegata et probata sit, e. g. si directorum illius circuli interesse concurrat, forte quod litis participes sint. *d.* §. 160. Verum haec recusatio, uti dictum, vicinis tantum circulis locum facit, non novo commissario imperiali. Imo, ut ex concessis cum auctore agam, si victo directores circuli recusare fas est, quibus tamen publicae leges assistunt, nec ipsi nefas foret, extraordinarium executorem contra imperii ll. datum, victori notorie faventem, et ante sententiae publicationem more insolito clandestinam executionem molientem, recusare, et hoc nomine directorum circuli auxilium, pro avertendo communi praejudicio, implorare. Et hic est ille commissarius, in quo auctor fiduciam poni dicit, judicatum expeditius ipsius opera executioni mandatum iri: si enim hoc expeditum est, contra praescriptum ordinem legum imperii procedere, et clandestinis artibus executionem promovere, omnibus tandem imperii legibus hoc praejudicium inferret, si quis illis neglemis expeditiorem viam se elegisse praetenderet. Quod vero libertas exequendi, quam olim habuit imperator, nullibi restricta sit, hoc gratis repetit auctor, cui dubio jam satisfactum est *in posit.* 3. *et* 4. ut et in illis, quae auctori regesta sunt *ad cap.* 4. *et* 5. Pergit porro, per *recess. imp. nov.* §. 160. Camerae arbitrio relictum esse, directores circuli praeterire. Sed fraudem recessui facit, omittendo reliqua; non enim ibi dicitur, quod illos praeterire et extraordinarium executorem dare possit, sed quod tunc vicinorum circulorum directoribus negotium committendum. E contrario commissionibus extraordinariis judicium aulicum non posse praejudicare juribus statuum, abunde demonstratum ad *cap.* 2. quo ipso corruunt reliqua ab auctore adducta. Quod ex capitulatione perpetua hucusque non publicata in medium profert, hoc ipsi directo adversatur, sc. non aliter, quam per circulos fieri debere executionem; quod ad casum hanni contra clarae perpetuae capitulationis verba restringi nequit. Imo, licet de solo hoc casu loqueretur, ordinatione tamen cam. cum rec. imp. noviss. collata, certum est, non alia via, quam per circulos executionem fieri posse. Et, licet unius circuli directores participatio causae inhabiles redderet, non tamen, uti aliquoties dictum, locus commissario imp. foret, sed vicinis circulis.

CAPUT XI.

Recensentur modi exequendi antiquitus et hodie usitati.

A scopo saepius divertit auctor, sine dubio hac intentione, ut, si aliter lectori suae assertionis veritatem persuadere nequeat, eum subinde ad alia revocet, et animum vetera novis miscendo distrahat, ne facile, quam parum stringant argumenta, quae in medium adducta, percipere possit. Sane speciosa praecedentis cap. rubrica erat, *posse caesaream majestatem praeterire circulos, et alios executionis commissarios constituere.* Verum, cum hoc probandum ipsi fuisset, plane diversum ex instr. pac. adduxit casum; de caetero autem nihil attulit, quo fidem asserti sui faceret. Hoc capite, omisso themate, quod probandum ipsi unice incumbebat, ad veteres executionis modos recurrit, qui nec ipsi prodesse, nec circulis in jure suo, recentioribus legibus quaesito, obesse possunt. Sicco haec omnia praeteriri possunt pede, cum nihil hic fere occurrat, quod non refutatum sit antea; cum tamen denuo quaedam immisceat pro libertate constituendi commissarium caesareum in praejudicium circulorum,

haec tantum paucis discutienda erunt. Primo urget, in declaratione pacis publicae norihergensi *de anno* 1522. §. 7. non obstante eo, quod ducibus circulorum antea commissa fuerit executio, tamen imperatori relictam esse potestatem specialem ducem constituendi, *qui praefectos circulorum non impediturus esset, si ipsorum quoque auxilia requisita essent.* Verum nescio, an non verba hic captet auctor, et in alium sensum detorqueat quam quo ibi proposita. Textus enim perspicue docet, quod, si specialem capitaneum constituerit imperator, ille in expeditionibus ad duces circulorum pertinentibus nullum impedimentum injicere possit aut debeat: ita enim se verba habent, *auch aller Handlung, so durch selbe Haupt-Leute und Raethe nach Vermöge dieser Executions-Ordnung fürgenommen soll und mag werden, keine Verhinderung thun*, ex quibus verbis manifeste constat, in illis, quae per ordinationem executionis circulorum ducibus concessa, nullum impedimentum ipsis creari debere a capitaneo caesareo; ergo multo minus per hunc a juger exequendi excludi poterunt. Unde hanc claram dispositionem male restringit auctor ad casum, *si ipsorum*, scilicet ducum circularium, *quoque auxilia requisita essent.* Sed ubi haec habentur? In *cit. textu* dicitur quidem in fine: *dass ein Haupt-Mann dem andern, so ferne ihr einer des andern begehren wurde, beystaendig seyn solle;* verum hoc ibi non habetur, quod tunc libere procedere possit capitaneus imperialis, si ducum circularium auxilium non imploratum, sed hoc ibi intenditur, capitaneum imperialem imploratum succurrere debere capitaneis circuli opem ejus desiderantibus. Accessorie ergo circulorum praefectis accedebat ille capitaneus, principaliter vero ipsi, exclusis istis, nihil committi poterat. Longe ergo alia ratio est, quaerere, an imperator possit commissarium dare, qui in executione duci circulorum assistat, quod tandem ex allegato loco deduci poterat, sicut et ad auxilium in executione ferendum se obligavit imperator *in recess. imp. de anno* 1548. §. 37. *in fin.* quem locum pro se adducit, licet de caetero nihil ipsius opinioni conferat: an vero possit dare commissarium, qui circuli praefectos ab executione excludat, de quo nihil in allegato loco: falsum enim hoc est, et ne verbulo id probandum, *quod circulorum duces vicissim executori caesareo praepedimenta objicere impediantur*, sc. in casu, si ille solus executionem expedire vellet. Porro provocat auctor ad ejusdem pacis declarationem *de anno* 1522. §. *Ob der gemeldten Crayss-Handlung* 39. ubi, si inter circulos super executione vel ejus modo lis oriatur, res ad caesarem deferenda: hoc enim nemo in dubium vocabit, sed imperatoriae majestati hujus decisionem sponte asseret, quod et a nobis factum est *posit.* 8. Probe tamen hic observandum, quod, si imperator dubium hoc super executione exortum decreto suo sustulerit, non hoc per commissarium imperatoris, sed per circulos executioni mandandum, per verba: *dass alsdann durch die circul solchen nachgelebet werden soll*, quae latine in alium sensum traxit auctor. Ex superioribus constare putat auctor, s. caes. majestati liberum esse, vel per circulos vel per alios principes et status, vel per commissarios speciales sententias suas exequi. Verum unde hoc consequatur, hucusque videre non licuit, et si vel decies in syllogismi formam redigeret auctor, quae hucusque disseruit, major propositio aut ejus connexio semper vacillaret, si non plane corrueret. Et alienum omnino ab executione sententiarum est, quod hic subjicit, *publicae rei parum bene consultum iri, si contra hostes vel turbatores pacis imperium defendendum esset, et s. caes. majestas propriis viribus suis uti non posset, sed ipsi auxilium a directoribus circulorum expectandum esset.* Nemo enim ita absurdus erit, qui casum defensionis contra insultus hostiles ab ordinaria executione sententiarum distinguere non norit. Defensionis causa non tantum imperatori, sed et statibus permissa sunt omnia remedia, sive juris, sive facti; extra hunc casum vero executionis ordinatio sancte servanda. Pertinet huc *capit. leop. art.* 13. *circa fin.* ubi imperator omnibus promittit, se vim illam vi repulsurum et laesis se opem laturum, *Nach Inhalt des Reichs Satz und Executions Ordnung. Wo wir aber von des Reichs wegen, oder das H. Reich angegriffen und bekrieget würde, alsdenn mögen Wir uns aller Hülffe gebrauchen.* His casibus in mora periculum est, quod sane non est in executione sententiae judicii aulici, ut hinc non opus sit, directorum circuli jura turbare ob hoc, quod ipsorum auxilium vel lentum, vel quandoque invitum, et saepe imparatum sit: ex hac enim mora exigua nihil decedet saluti imperii, et si unius circuli directores invitos viderit aula caesarea, parata ex legibus imperii medicina est, ut vicinis circulis executio demandetur.

Porro ad *instrum. pac. art.* 16. §. 3. et 4. hic regreditur iterum auctor, quod de executione sententiarum non agere praecedenti capite evictum; et gratum omnino mihi est, quod ipse auctor dubium ratione commissariorum, ductu instr. pac. constituendorum, resoluturus, ingenue fatetur, pacis tabulas ibi non agere de executione rerum judicatarum, sed publice transactarum; ergo, si ad hunc casum tantum pertinet, uti revera pertinet, male hucusque haec sententiarum executionibus applicata sunt. Hunc textum autem si cum ipso auctore removeamus, penitus corruit commissarii imperialis constitutio; et frustra ad textum jam remotum ipse in eodem §. recurrit, dicendo: *nisi in executione sententiarum commissarios caesareos etiam adhiberi solitum fuisset, id in executione pacis non fuisset noviter introductum.* Sed quae illa consequentia? Si hoc solitum non fuisset, non fuisset in executione pacis introductum. Regero: si hoc solitum fuisset victori, dare commissarium, non opus fuisset hoc per pacificationem introducere. Sane insolita plane multa hac pace westphalica introducta esse, pluribus exemplis probato facillimum foret; nec proderit ipsi allegasse, illa pace magis de restringenda quam amplianda caesaris potestate actum esse: resp. duplex exequendi via hac pace conventa, nec auget nec minuit potestatem imperatoris, sed bellorum infortunio laesis remedium tantum affert, quo viam sibi commodiorem seligere possint; quod cum aliis per sententiam restituendis lege publica concessum non sit, ordinaria exequendi via incedere debent.

Colophonis loco objectionem resolvit auctor ex comitiis augustanis *de anno* 1500. ubi *comiti Pappenheimio executio commissa non solius imper. sed et statuum arbitrio;* regerendo, ibi sententiam non in judicio aulico, sed camerali fuisse latam. Sed quid inde:

numne utriusque judicii eadem auctoritas et exequendi ratio, uti supra demonstratum? Et, si lis super illa executione ad comitia delata et ibi decisa, hoc evidentissime probat, non esse in imp. potestate, formam exequendi semel conventam sine comitiali statuum consensu immutare.

CAPUT XII.

An dispositio instrumenti pacis caesareo-suecici articulo V. §. in conventibus deputatorum etc. ratione religionis, quoad constituendos commissarios ad exequendum observanda sit?

Dum praesenti capite remoturus est auctor, an s. caesar. majestas in dando executionis commissario adstricta sit *ad art.* 5. §. 51. *instrum. pac.* ubi in extraordinariis commissionibus ejusdem religionis commissarius dandus est, cui addictae sunt partes controvertentes, adeo, ut, si uterque statuum augustanae confessioni sit addictus, commissarius catholicae religionis non admittatur. Negandum hoc existimat, si causa controversa sit mere civilis, cum hic nihil referat, cujus religionis assecla habeat commissarium ad exequendum, utpote qui nihil addere vel demere potest sententiae; et porro subjicit, instrum. pac. agere de negotiis imperii, non de causis judicialibus. Verum nec hoc passu evicit, quod evincere voluit: quo praetexto enim probabit, *in d.* §. 51. agi tantum de causis imperii, non judicialibus. Quamvis enim ipsi deputati ordinarii, quorum in ingressu *d.* §. 51. mentio fit, circa negotia publica occupentur, extraordinarias tamen commissiones ad illa restringere, et judiciales causas excludere velle, verosimile non est: expresse enim ibi agitur de controversiis inter diversos status, quae nonnisi judicialiter ventilari solent; et subjungitur, commissarium hunc extraordinarium per sententiam nihil debere definire; ex quo manifestum est, causam, ad quam destinatus commissarius, per sententiam esse definiendam. Nec ad causas ecclesiasticas hoc restringi poterit, cum postea §. 54. *d. art.* 5. expresse dicatur, non solum in ecclesiasticis, sed et politicis causis respiciendum esse ad id, cujus religionis sunt illi, quibus haec causa commissa. Imo tandem generaliter in omni commissario caesareo religionis rationem habendam esse, apparet ex recentissima *capitulat. Josephi art.* 17. *in med.* verb. *In specie aber bey Erkennung der Commissionen die Verordnung des instr. pac. art.* 5. §. *in conventibus deputatorum* 51. *genau beobachten lassen.* Si ergo accurate in omnibus commissionibus id observandum, non debuisset auctor generalitatem capitulationis pro arbitrio suo restringere.

CAPUT XIII.

Modus promulgandi sententias non ad substantialia processus pertinet.

Nescio tandem, quam sentiendi libertatem sibi arroget auctor dissertationis, illa quoque sententiis detrahendo, et ad accidentalia referendo, a quo omnis vis et auctoritas dependet. Sententiam imperatoris legis auctoritatem habere, ex jure justinianeo constat, *l.* 1. §. 1. *ff. de constitut. princip.* sed nemo imperatorum hucusque legibus suis, ad praeviam licet deliberationem in summo consilio conceptis, vim adscribere ausus fuit, si publicatio secuta non fuerit. *l.* 3. *c. de legibus et nov.* 66. Quo juris colore ergo sententiae conceptae quidem, sed non publicatae, auctoritas juris tribui poterit? Certe supra aliquoties ex *recess. imp. noviss.* §. 159. dictum est, sententiis inseri debere terminum paritorium, et hoc neglecto illam executioni mandandam non esse. Anne ergo legibus imperii conveniens erit, sententiam non publicare, terminum paritorium non praefigere, sed contra reum, qui se ne quidem condemnatum novit, ad inusitatam et legibus imp. non probatam executionem progredi? Et frustra est auctor; si factum consilii aulici espropter excusare velit, quod hoc ad mera formalia sive solemnia processus non sit adstrictum: nego enim, haec esse mera formalia seu solemnia: nego, publicationem sententiae in judicio aulico non esse necessariam: aliud enim statutum est *in der Reichs-Hoffraths Ordnung Ferdin. III. tit.* 6. §. 7. *et* 8. Et nemo hucusque inter germanos fuit Jctus, qui sententiae publicationem sine nullitate omitti posse, unquam asseruisset.

Non nego, in publicandi modo arbitrii aliquid caesari relictum esse, sed hoc nego, publicationem plane omitti, et nihilominus sententiam executioni mandari posse. Nec excusatio ullius momenti est, quam auctor adducit, quod ille modus eligi possit, qui justitiae absque mora et turbis administrandae aptissimus videtur: nam haec causa turbarum esse solet, si modus executionis tot imp. legibus firmatus favore privato partis immutetur, et praejudicium in alios imperii status et circulos redundaturum flocci pendatur. Justitiam, quoad corruptelas, coecam esse debere recte monet auctor. Utinam tandem his corruptionibus obex poneretur, et minores querelae forent de justitia in favorem ditiorum et potentiorum male administrata. Supremorum imperii judiciorum magna sane auctoritas est, sed hanc ex totius imperii consensu habet, et publicis legibus auctoritas haec munita: salva ergo haec ipsis esse debet, quamdiu legum auctoritas illibata manet: ab his si discedatur, facti, non juris via procedunt, et sic auctoritate sua, qua pollent, se privant, imo privatorum loco reputantur, quo casu, praesertim executionibus de facto susceptis, resisti posse, jam supra ostensum est.

CAPUT XIV.

Modus exequendi etiam ad accidentalia processus referendus est.

Ut modum exequendi legibus imperii praescriptum invertat auctor, et libertatem pro arbitrio exequendi judicio aulico asserat, ad accidentalia processus illum refert. Substantialia enim haec esse dicit, sine quibus jus et justitia rite administrari non potest: ad cujus sequelam quidem refert executionem, sed modum exequendi ad mera accidentalia relegatum cupit. Verum si res ipsa, seu executio, substantiale consecutivum judicii est, adeo, et ultimam partem jurisdictionis constituat, et hac remota omnis effectus jurisdictionis removeatur, prout evictum *posit.* 1. et ab ipso auctore non negatum est *cap.* 3. quomodo defendi poterit, formam executionis eo non pertinere? Numne executio sine certa forma fingi poterit? Fateor equidem, formas rerum civilium omnes esse accidentales, cum pro arbitrio legislatoris constituantur et muten-

tur. Sed postquam semel forma negotio a legibus data est, haec jam substantialis, non amplius accidentalis dicenda, adeo ut, forma legum adamussim non servata, corruat omne, quicquid aliter gestum. *l.* 5. *c. de ll.* Et hinc nulliter omnino decidit auctor, s. caes. majestati nihil praescriptum esse, quomodo executioni mandanda sit sententia; cum tamen tot imperii legibus et conventionibus ad certum exequendi ordinem adstringatur, et juramento in capitulatione se obligaverit, ad has leges, et in specie ad ordinationem executionis servandam. *cap. leop. art.* 2. *ibi. Er wolle nicht gestatten, dass wider die executions-Ordnung directe oder indirecte gehandelt werde*, quod primo omnium juramento confirmavit augustissimus imperator Leopoldus. Itaque non videndum, quis modus exequendi aptior; quis victori gratior, sed quis imperii legibus et juratae capitulationi convenientior. Hoc ergo intuitu perinde non est, quomodo executio fiat: nam ita jus suum cuique tribuendum, ne alterius justiori causae vel juri quaesito praejudicetur. *l.* 31. *ff. depos.* Porro ad argumentum, quod *ex recess. imp. novis.* §. *und gleich wie* 180. sibi opponi posse videt, in quo clare dispositum, quod nemo ordinationi executionis resistere, aut illi se eximere debeat, alios processus in judicio aulico impetrando; respondet auctor: ibi imperatoriam majestatem ad novum modum exequendi non adstringi. Verum quis hoc ex dicto recessu elicere voluit? Certe, ibi imperator non ad novum modum, sed ut priorem in ordinatione executionis praescriptum observet, adstringitur. Nec dici poterit non imperatori, sed ordinibus ibi quicquam injunctum esse: clarissime enim judicio aulico lex ibi ponitur, ne quicquam decernat, quod ordinationi executionis refragetur. Si hoc, ergo nec insolitam commissionem pro facienda executione ordinare debet. De caetero autem circa modum exequendi ullam libertatem aulae caesareae relictam esse, ex textu allegati recessus ne verbulo quidem ostendi poterit. Demum non diffiteor, quod ultimo loco urget auctor, posse cameram, si ejusdem circuli principes causae participes sint, vel aliae sonticae causae ipsos suspectos reddant, eos praeterire, et proximis circulis executionem committere; sed quid inde ad facultatem dandi commissarium extraordinarium? Sane illi executioni nemo resistere debet, quam camera vel judicium aulicum ad praescriptum legum imperii instituit, sed ubi ab his disceditur, circulorum juri detrahitur, quibus tali casu non vertendum est vitio, si se in possessione juris, tot legibus et pactis firmata, defendant. *de quo d. posit.* 7.

CAPUT XV.

Imperatori etiam ut capiti et domino potestatem exequendi competere.

Sacrae caesareae majestati exequendi suas sententias competere potestatem, hucusque non negatum est. Verum ejusdem potestatis exercitium institui debet secundum formam lege publica praescriptam, sicuti supra *cap.* 5. demonstratum. Quibus non resistit argumentum, quod ex *ord. camer. et recess. imp.* adducit auctor, dicendo: si statibus imperii jus exequendi competit in casu, quo sententia in summo imper. judicio lata, cur illa deneganda foret imperatori, quoad immediate imperio subjectos? Resp. Eodem recessu, quo ordinatum, ut, si quis ex mediatis imperii civibus in camera condemnatus, per magistratum suum ordinarium compellatur ad parendum sententiae; eodem quoque ordinatum, ut si aliquis ex immediatis exequendus sit, hoc fiat per directores circulorum. Sicut ergo imperator alium executorem constituere nequit in praejudicium magistratus ordinarii; ita nec idem resistentibus iisdem legibus facere potest in praejudicium directorum vel ducum circularium. Nec suffragatur ipsi locus ex *recess. imp. de anno* 1507. *tit. wann gegen maechtigen.* 17. §. 1. Nihil enim in illo loco determinatum fuit circa modum exequendi, sed hoc demum per posteriores leges factum, quae sine dubio pristinae licentiae modum posuerunt.

CAPUT XVI.

Imperatorem etiam sibi ipsi ut principi imperii exequendi partes committere posse.

Remota superius potestate executorem extraordinarium, praeteritis circulorum directoribus, constituendi, corruit simul thema ab auctore propositum, posse imperatorem sibi ipsi committere executionem; quamvis enim insolens non videatur, mandatum in se ipsum dirigere, quod superiori seculo a camera his formalibus factum esse vulgo referunt: *Wir Carl der V. erwehlter Römischer Kaeyser, citiren dich Carl Ertz-Hertzog von Oesterreich etc.* Attamen certum manet, si in committente juris cujusdam exercitium restrictum sit, non posse hoc per commissarium aliter expediri. Sed video alium imperatoris respectum induci ab auctore, scil. quatenus consideratur tamquam director circuli austriaci. Resp. Hoc sensu omnino executor erit imperator, si condemnatus in circulo austriaco degat, aut si in vicinis circulis executio facienda, et illorum directores vel litis participes sint, vel ob defectum virium, negotio non sufficientes fuerint. Nova autem est et inaudita vicinitatis explicatio, quam auctor hic suppeditat, dicendo: *proximum non tam situ, quam auxilii promptitudine et efficacia intelligendum esse.* Si enim hoc admitteretur, aperta pateret via, jura circulorum sufficienti potentia non instructorum destruendi. Imo tandem, si executionis promptitudo quid operaretur, eodem praetextu regi Galliae ad promovendam executionem commissio dari, vel hic ab eo statu, cui commissio ad exequendum data, in auxilium vocari posset; cujus rei utinam non extaret hoc ipso seculo exemplum, cui eapropter gravissimis literis se opposuit Fridericus Wilhelmus Magnus, elector brandenburg. princeps de libertate imper. immortaliter meritus, quarum tenorem exhibet Londorp. *act. publ. ad annum* 1664. *cap.* 18.

In fine subjicit auctor, *multos jam subversos fuisse circulos, nisi caesarea majestas celeri auxilio, quasi sui ipsius substitutione concurrisset*; admitto hoc, ubi incursus hostiles avertendi fuerunt; sed hic pariter imperatori et imperio periculum imminuisset, nisi celeri auxilio milites per circulos conscripti opem tulissent. Ardet tali casu communis paries, ubi caput et membra sibi quocumque modo succurrere tenentur. Ast si de executione rerum judicatarum agatur, alia rerum facies est: hic in mora nullum periculum, sed omnia hac ratione expedienda, prout semel imperatori et imperii statibus placuit. Et optandum foret, ut in

his sententiarum executionibus superiori bello tricennali id ipsum non aliquoties usu venisset sub Ferdinando II. imp. et multis imp. circulis grave damnum eo accidisset: sic enim postea non opus fuisset novis legibus circumscribere exequendi libertatem, de quo inferius cap. 20. dicendi occasio erit.

CAPUT XVII.

Imperator non tantum ut judex, sed etiam ut imperator exequendi facultatem habet.

Auctor eamdem thesin quasi novam subinde repetit, novis tamen argumentis opinionem suam non fulcit, ut sic actum iterum agere, crambemque toties coctam recoquere omnino lectori taedium facile parituram sit. Ego cap. V. exequendi potestatem caesareae majestati pariter asserui; et otiosa concertatio est, an hoc jure gaudeat, qua imperator, aut qua judex est. Certe judex est in causis statuum non foret, si imperator non esset; ergo non separandi sunt hi respectus. Quod omnium circulorum directorem et supremum ducem ipsum appellat auctor, hoc infra dignitatem imperatoris est, qui certe majori eminentia gaudet, si majestati imperatoriae, non novis his titulis, adscribantur cuncta. Verum hanc majestatem salvam esse, licet per directores circulorum expediatur executio, probavi *in posit.* 8. Non itaque arcent circulorum directoria majest. caesaream ab executione, sed ipsa se ab executionis exercitio arcuit tot conventionibus et legibus publicis, imo jurata capitulatione, ne aliter quam per circulos res judicatas executioni mandaret, ut deductum *posit.* 3. *et* 4. Hac via si progrediatur judicium aulicum, omnino peccarent circulorum directores, si sententiae executionem impedirent, quam promovere omnino tenentur. Sed si ab his legibus discedatur, et alius exequendi modus eligatur, tunc arcentur circulorum directoria a jure quaesito, quod, cum capitulationi contrarium sit, nullum omnino erit; nec crimen penes circulorum directores remanebit, qui sui juris turbationem tantum avertunt. Provocat postea auctor ad *recess. imp. de anno* 1555 §. *und sollen.* 64. ubi circulorum duces mox ad imperatorem referre tenentur, quoties manu militari agendum; sed haec ad casum exequendae rei judicatae non pertinere contextus docet.

Tandem in fine hujus capitis subjicit auctor, *nec pactis nec consuetudine aut statuto quid contra imp. majestatem introduci posse*, quod verissimum est, si pacta statuum inter se intelligas, invito caesare inita. Verum, si hic in illa pacta consenserit, communis politicorum et publicistarum schola thesin illam falsam dicet. Et tandem, quanta consuetudinis vis sit in restringendis et ampliandis juribus imp. et statuum, nemini in rebus Germaniae vel mediocriter versato, ignotum esse potest, aut solemni clausula, omnium imp. statuum juramentis adjici solita, *Wie sich das gebühret von Rechts und Gewonheits wegen*, facile convincetur.

CAPUT XVIII.

Directoria et duces circulorum absque praevia requisitione exequendi officium non interponunt, neque in contrarium extra emissionem aliquod jus habent.

Non assertum est in antecedentibus, circulorum directores citra requisitionem partis victricis, et mandatum imperatoris, executionem sententiae suscipere posse. Pars enim victrix si hoc non desideraret, nec ipse imp. exequi posset. Mandatum vero caesareum exigitur, non ut potestas exequendi demum circulo quaeratur, sed ut monentur directores, sententiae imperiali sponte non satisfecisse condemnatum, et hinc casum adesse, ubi ipsorum opera executioni impendenda; quae pluribus deduxi *posit.* 5. Ubi incidenter denuo stringit auctor attentata circulorum ad elidendas imperii sententias. Verum confundit iterum elisionem sententiae, cum repulsione inusitatae executionis, quae quantum differant, in comperto est.

Porro urget *recess. imp. de anno* 1555. §. *und ob wohl* 73. ubi duci circuli superioritas in reliquos status vi hujus officii denegata. Ex quo colligit, ergo multo minus s. caesaream majestatis supremam jurisdictionem et auctoritatem transcendere, ejusque sententias irritas reddere posse. Verum hic pugnat auctor sine adversario, cum nulla circulorum directoria sibi hucusque illam potestatem asseruerint; jam enim ante dictum, toto coelo differre impugnationem sententiae ab impugnatione insolitae ejus ac legibus imper. contrariae executionis.

CAPUT XIX.

Directores circulorum reverentia majestatis imperatoriae, ne ejus sententiis violenter resistant, obligati sunt.

Iterum hoc capite auctor repetit idem, quod jam dixerat, et sententiam cum ejus executionem confundit denuo. Nunquam immemores erunt circulorum directores jurati obsequii, quo se imperatori et imperio conjunctim obstrictos norunt. Verum, cum fides sit reciproca, pariter submisse confidunt, imperatoriam majestatem non permissuram, ut in exercitio jurium circularium turbentur, utpote cum et hac de re ipsis in capitulatione jurata fides sit. Utrinque ergo nihil innovandum. Ad locum, ex *recess. imper. de anno* 1555. denuo repetitum capite praecedenti jam responsum est, nec quicquam inde, quod scopum tangat, deduci poterit.

Quod porro hic urget, inconveniens fore, si forte extraneis ducum officium committeretur, et hi sibi potestatem sumerent, imperatoris decisa in dubium vocandi, aut vi armata irritandi, cum tamen in ipsa executione non nisi caesaris sint mandatarii, qui ejus jussis parere tenentur; hoc denuo sibi fingit, ut odio exponat jura circulorum. Toties quoties dictum est, non controverti de irritanda sententia caesarea, sed executione insolita. Illud nunquam affectarunt directores circulorum: haec ipsis de jure competit, uti evictum *posit.* 3. 4. *et* 7. Mandatarii vocem vero hic non aliter admitto, quam ~~ille sensu~~, quo res exposita est *posit.* 5. De caetero stringere videtur argumentum auctoris;

cui executio demandata, ille se ultro ingerere, aut contra sententiam agere non potest. Atqui circulorum directoribus etc. Sed facilis ero in concedendo toto argumento: aliud enim est exequi sententiam, aut hanc impugnare; aliud executionem inordinate factam aut faciendam impedire.

CAPUT XX.

Probatur exemplis, imperatoris facultatem exequendi ad directoria circulorum non esse restrictam.

Quod in cap. 8. jam tractaverat auctor, novo capite denuo aggreditur, scil. imperatorem executorum sententias non adstringi ad directoria circulorum; quod exemplis se probaturum promittit. Verum, non quid Romae factum, sed quid fieri debuerit, attendendum esse, monuit quondam Proculus in *l.* 12. *ff. de offic. Praesid.* Et vellem, non provocasset ad exempla, quae plerumque odiosa. Certe ducatus mecklenburgicus exemplo esse poterat, quid incommodi secum ferat, sententias pro lubitu exequi, et quam parum id tutum sit statibus imperii, hoc modo provinciis suis, ab avis atavisque continuo sanguinis ductu ad se derivatis, expelli, illasque novis possessoribus conferri posse. Wallensteinium intelligo, tot caedibus in Germania clarum, qui in praemium devastatae Germaniae, proscriptis ducibus megapolitanis, quasi consiliorum hostilium participes fuissent, citius tamen damnatis quam auditis, et qui hinc insolitae executionis exemplum dederunt, ducatum megapolitanum sibi arrogavit, cujus iniquitatem nec meis, nec directorum circuli, sed totius collegii electoralis verbis ostendere lubet, quibus tunc temporis, *sc. anno* 1629. *d.* 13. *januar.* Ferdinando II. imp. negotium hoc per modum submissae intercessionis expositum fuit: *Dass die Hertzoge sich so wohl auff das Herkommen im Heil. Reiche, und die von Ihrer* Kaeyserlichen *Majest. ihnen ertheilte Assecurationes beruffen, und anders nicht gesucht und gebethen, als dass bey* Kaeyserlicher *Majest. ihnen ein Zutritt ihre Defension und Nothdurfft einzubringen verstattet, und sie angehöret, nicht dergestalt mit Executiv-Processen an Land und Leuten übereilet und vernachtheiliget werden mögen, darum Sie (die Chur-Fürsten) keinen Umbgang nehmen könten, Ihre* Kaeyserl. *Majestaet zu bitten, mehrgedachte supplicirende Hertzogen in solchen ihren Anliegen nicht allein begehrter massen zu kören, und ihre Defension auff und anzunehmen, sondern sich darauff auch also zu erklaehren, wie es dissfalls obangezogenes Heil. Reichs Herkommen, und die Reichs-Verfassung mit sich bringen.* Fato itaque suo laborat ducatus Mecklenburgicus, ut nullibi major celeritas et irregularitas in exequendis sententiis obtinuerit, quam ibi. Sed ne imposterum quoque pari libertate principes imperii ac status proscriberentur, et avitis ditionibus expellerentur, cavendum fuit in capit. Ferd. III. et reliquis, quae hanc secutae.

Alia exempla recenset auctor, ubi ipsi status executionem propria auctoritate susceperunt; quae non nego, sed haec, ubi de jure disceptatio est pendus quoddam negotio afferre nequeunt. Possessionem privata auctoritate, si vacua illa sit, apprehendere nefas non est: alias per judicem quisque possidebit necessum est. *l.* 3. *c. de pign. l.* 13. *ff. quod met. caus.* Quod comiti Sterenbergio ab imp. commissio data, ut electori Palatino in recuperanda possessione electoratus assisteret, hoc regulam non infringet, nec patientia unius circuli alterius juri obesse poterit. Quodsi auctor ad exemplum executionis erfurtensis respicit, satius est, talia non refricari. De ea Galliae rex literis ad regem Sueciae datis quid scripserit, exhibet, et istarum literarum tenorem refert Londorp. *act. publ. ad annum* 1664. *cap.* 17. Quid alias de hoc negotio actum fuerit, non est, ut prolixe nunc referamus. Legi ea de re possunt literae electoris brandenburgici apud Londorp. *ad d. ann. cap.* 18, Imo quid reliqui status imperii in comitiis congregati de hoc ipso negotio senserint, videri potest *aus dem Rathschluss der Reichs-Versammlung über das Erfurtische Wesen*, apud eumdem *Londorp. cap.* 11.

Quare nec exemplum civitatis donawerdensis, ubi, praeterito directorio circuli suevici, duci Bavariae executio commissa, novum huic rei momentum afferet: ut enim taceam, quam infeliciter illa executio cesserit imperio, et omnium simultatum occasionem utriusque religionis statibus dederit, certum est, non acquievisse huic executioni suevici circuli directores, sicut et status evangelici in literis ad caesarem datis *die* 10. *maji anno* 1607. graviter regesserunt: *Dass die beschehene Aufftragung dieser Execution der Executions Ordnung und Krayss-Verfassung allerdings zuwider, als darinnen lauter versehen, dass die Reichs-Krayse nicht sollen confundiret, sondern beyihren Verfassungen gelassen werden.* Et ipse auctor agnoscit, huic executioni publice privatimque reclamatum fuisse. Frustra autem subjicit, quod, cum in *instrumento pacis* ille modus exequendi et aliae executiones silentii peplo involutae manserint, tacite illas approbatas fuisse, cum nec in sequentibus capitulationibus, nec recessu imperii novissimo abolitae fuerint. Ad haec paucis repono, si omnia paradoxa, quae vel ante bellum triennale, vel eo adhuc durante suscepta, speciatim in instr. pac. tangenda et corrigenda fuissent, adeo laeta malorum seges se exhibuisset, quae innumeris falcibus vix resecanda. Interim, ne talia contingerent ulterius, satis cautum est, tam in illo pacis instrumento, quam in capitulationibus et imperii recessibus, jure exequendi circulorum directoribus iterum iterumque asserto, uti ostensum est *posit.* 3. *et* 4.

CAPUT XXI.

Distinctio vis directivae et compulsivae in executionibus adhibenda.

Nova haec quoad executionem distinctio est inter vim directivam et compulsivam. Rectius distinxisset inter executionis comminationem et ejus realem expeditionem; vel si mavis, inter executionem literalem et realem, quae distinctio fundata in claro textu *recess. imper. noviss.* §. 159. Illa summis imp. tribunalibus relicta est, ut scil. sententiae terminum paritorium sub certa poena inferant, quo huic sub comminatione realis executionis pareat victus. Quod si vero non paruerit, in poenam quidem condemnatur, sed executio realis, quae jam sequitur, non per imperatorem, sed per directores circulorum expedienda. *d. rec. imp.* §. 160. Largior itaque catenus auctori, quod vis dire-

etiva executionis maneat penes S. Caes. majestatem, hoc sc. effecto, ut per mandata executorialia illam circulorum directoribus injungat, non ut ipse eam expediat, aut commissarios speciales hoc nomine constituat. Haec enim potestas dandi commissarium ad excludendos circulorum duces, satis remota est in antecedentibus. Equidem auctor novam commissionem hic fingit, quae sententiam non armata vi exequatur sed partem victam ad parendum disponat, et victori ad obtinendam possessionem assistat. Sed admitterem haec, si pars victa persuasionibus hujus commissarii aurem praeberet; quod si hoc detrectet, realis executio suscipienda erit, quae salvis legibus aliter, quam per circulos fieri nequit. Multo magis iniqua erit illa ad persuadendum data commissio, si parti victae sententia nulla publicata, nec ipsi terminus paritorius praefixus, nec commissarius victum vel verbulo compellaverit de sententia jam tum lata, ejusque paritione, sed clam victorem in possessionem deducere nitatur, antequam vel ipsi victo vel circulorum directoribus quicquam de re judicata innotescere potuerit. Si hoc est, bonis modis et persuasionibus victum ad paritionem sententiae deducere, nescio, quid sit, clandestinam contra omnia imp. jura tentare. Nec majori justitia gaudebit haec executio, si forte imperator possessionem sequestro praeoccupaverit: forte enim altera pars in hanc sequestrationem non aliter consensit, quam salvo jure possessionis antea adeptae, nec sequestro permissum est, executionem realem aliter expedire, quam prout hoc imp. legibus conforme est: et frustra hic repetit auctor, nullum privilegium aut jus allegare posse circulorum praefectos, quo imperator ipsis devinctus esset: superius enim *posit.* 3. 4. *et* 6. et leges et conventiones publicae, imo et juratae capitulationes adductae, quibus hoc jus exequendi circulis quaesitum. Subjicit porro auctor in fine, si pars victa se ad parendum moveri passa et viribus destituta sit, executionem consummatam esse; regero, non executio, sed paritio aderit. Ast si pars victa hoc nunquam fecerit, sed clandestina executione ipsius juri obreptum sit, potius collusionis cum victore, quam genuinae executionis nomen hoc meretur. Ex viribus si jura partium aestimanda, licet exempla hoc, proh dolor! doceant in casu, ubi justitia viribus, hoc est nervo rerum gerendarum destituta, facile quisquam etiam sub justo clypeo succumberet. De caetero rem periculosi exempli dicit auctor, sub praetexto, quasi in judicio aulico male judicatum esset, ad resistendum obfirmare victum, et ita judicem imperatore superiorem agere velle; regero: quid si reo nulla publicata sententia, quid si nullus terminus ad parendum juxta imp. leges ipsi praefinitus? qua lege tunc ad parendum extraordinario executori obligaretur victus? Sane statuum omnium interest, ne hoc irregulari, vel, si dicere fas est, illegali modo provinciis suis ejiciantur. Circulorum vero interest, ne jure suo per indirectum priventur. Nec ita judicium sumitur in imperatorem, utpote qui sine dubio pro consueta in imp. status benevolentia, et illorum jura conservandi amore, hoc nunquam mandavit, sed iniquitati executoris resistitur, qui, dum irregularem exequendi viam elegit, ad regulam jure imperii praescriptam reducendus fuit.

CAPUT XXII.

Sententiae executio non sistitur, quamvis pro reformanda sententia supplicatio in consilio aulico interposita fuerit.

Quod hic in controversiam vocat auctor, an supplicatio contra sententiam in judicio aulico latam, effectu suspensivo gaudeat, illud quidem ab exequendi jure remotum est, quia tamen et hanc inseruit, dicam paucis, quid secundum leges imp. dicendum existimem. Ante *recess. imp. de anno* 1654. §. 124. revisionem contra sententias camerales effectum suspensivum habuisse et auctor fatetur, et *d. recess. imp.* clarissima verba ostendunt; per illum vero recessum solum effectum devolutivum remansisse, si sufficiens de restituendo praestita sit cautio, pariter in confesso est. Eadem ratione quoque remedium supplicationis, contra sententias judicii aulici receptum, effectu suspensivo antea gavisum esse, ex ejusdem judicii ordinatione constat. An vero hoc per eumdem recess. immutatum sit, id controversum remanet. Affirmat hoc auctor, ne judicium aulicum deterioris conditionis sit, quam judicium camerale: et quia processus judicii aulici per *instrum. pac. art.* 5. §. *quoad processum.* 55. processui camerali conformatus, et revisionis loco supplicatio substituta: hinc verosimile esse, quod sublato revisionis effectu suspensivo, etiam idem supplicationis effectus sublatus fuerit, praesertim cum in legibus imp. supplicationis et revisionis nomen subinde confundatur, ut hinc inaequalitas inter summa imperii judicia non inducenda.

Verum haec me non movent, ut in sententiam auctoris descendam. Certum enim est, vi instrumenti pacis *art.* 5. §. 55. hoc fine supplicationis remedium introductum esse contra sententias judicii aulici, ut esset remedium suspensivum. Certum quoque est per *ordin. jud. aul. Ferdinand. III. tit.* 5. §. 6. effectum hunc supplicationis suspensivum denuo confirmatum fuisse. Jam id remanet, an per *recess. imper. noviss.* §. 124. etiam quoad supplicationis beneficium effectus suspensivus sit sublatus. Et hoc nego, quia eodem tempore, quo recessus ille conditus, ipse Ferdinand. III. imperator condidit quoque ordinationem novam judicii aulici, et tamen *ibi tit.* 5. §. 6. perspicuis verbis traditum, *dass denen Partheyen am Kayserlichen Hof-Gerichte, das Remedium suspensivum nicht benommen werde.* Regerit auctor, recessum imper. recentiorem esse, utpote qui publicatus *d.* 17. *maji an.* 1654. Ordinatio vero judicii aulici publicata fuit *d.* 16. *martii an.* 1654. ergo standum esse legi posteriori. Verum, quis crederet hic ad tempus, publicati recessus respiciendum esse, et non magis ad tempus, ubi in comitiis de tollendo effectu suspensivo quoad revisionem actum, quod sine dubio aliquot mensibus antea factum, quam recessus ille publicaretur? Quis porro crederet, cum in comitiis nihil inscio Ferdinando III. imper. concludi potuerit, ipsum eodem tempore, ubi statibus imp. assensum praebuit in tollendo revisionis effectu, publicaturum fuisse novam legem de effectu suspensivo in supplicatione retinendo, si hoc quoad supplicationem per imper. recess. sublatum voluisset. Sane notum, quod hucusque imperator facul-

tatem condendi et emendandi ordinationem judicii aulici sibi soli vindicaverit, et excepto electore Moguntino reliquorum statuum arbitrio illam exponere noluerit, quae res occasionem suppeditavit statibus, ut in monitis communibus ad capitulationem *anno* 1658 *d.* 17. *april.* exhibitis *ad art.* 42. haec addi voluerint: *Dass die Reichs Hof Gerichts-Ordnung auff gehaltnen Rath mit Chur-Fürsten, Fürsten und Staenden, und nach derselben Gutbefinden und Einwilligung zu verfassen*. Cum vero hoc hucusque status non obtinuerint, facile apparet, nec imperatorem Ferdinand. III. ipsis tunc temporis indulsisse, ut de judicio revisorio in camera legem conditūri, tacite etiam ordinationi judicii aulici eodem tempore conditae derogarent. Quapropter, quod mutatum non est, quare stare prohibeatur: et a simili in jure novo correctorio argumentum duci non posse, sed hoc potius restringendum, quam extendendum esse, recepta inter juris interpretes observatio est. Hinc quoq; factum, quod, quando in subsequentibus capitulationibus *Leopold. art.* 42 *et Joseph. art.* 41. hujus beneficii in judicio aulico recepti mentio fit, non ad recess. imper. noviss. sed ad instrum. pacis remissio fiat, scil. secundum hoc remedium illud instituendum; hic vero effectus suspensivus clarissime fundatus, ut ita vim claris verbis faciat auctor, processum hujus beneficii non ex instrum. pac. sed recessu imperii aestimandum esse contendens. Corruunt hac ratione reliqua omnia, quae pro removendo effectu suspensivo adducit auctor, cum conjecturis non disceptandum, ubi certo jure nitimur. Urget ipse aliquoties, celeriorem processum esse in judicio aulico; sed, cum plerumque festinatio sit injustitiae mater, citius in judicio aulico concedendum fuit remedium suspensivum; quam in judicio camerali, ubi pleno processu expediuntur causae, et nihil intactum relinquitur, quod ad accuratissimam causae cognitionem pertinere poterat. Ita ergo in judicio aulico favendum est victori, ne victus a beneficio legibus prodito excludatur. Video quidem reponere auctorem dissertationis, victo per cautionem praestitam consuli posse; cui merito replicamus, magis expedire, rem salvam esse, quam tabulas cautionis de indemnitate habere. *l.* 5. *et* 6. *ff. de suspect. tutor.* An vero hac ratione status imperii causas suas lubentius camerae quam judicio aulico sint submissuri, parum momenti hic afferre potest: sunt enim haec duo summa imp. judicia concurrente jurisdictione instructa, ubi cuique libera est electio, ubi litem intentare velit.

Quod in *capitul. leopold. art.* 42. sententiae in judicio aulico cum debita causae cognitione latae, non mutari, sed executioni mandari debeant, hoc imperatorem ipsum praecipue stringit, ne in consilio secretiori mutationem suscipiat, aut executionem differri mandet, cujus rei exempla non ignota sunt. Sed parti victae beneficium supplicationis, quod ibi revisionis dicitur, expresse reservatur, ut illo fruatur, prout in instrum. pac. dispositum est, sc. ut suspendatur executio. Nec ex situ verborum capitulationis contrarium evincet auctor, si verba ab imp. ipsum, et ad partem victam pertinentia, probe separaveris. Unde nec necessum fuit, ut capitulationi Josephinae alia verba pro defendendo supplicationis effectu suspensivo insererentur, cum remissio ad pacis instrum. eumdem omnino integrum servet; quod cum pariter in concepto capitulationis perpetuae factum, et nunquam ad recess. noviss. provocatum, certe vi clausulae referentis in capitulatione appositae, salvus ex instrumento pacis erit effectus suspensivus, nec ad recessum imperii confugiendum, ad quem nulla unquam in capitulationibus, quoad hoc beneficium, facta remissio. Ne autem quae hoc capite auctori a me opposita, aliorum consensu destituta videantur, non aegre fere dissertationis auctor, si, cum huc usque auctoritatibus studio pugnare noluerim, sententiam textoris ad *rec. imp. noviss. disp.* 13. *th.* 62. mihi plane consonam conceptis ab ipso verbis adduxero: *ex dispositione* instrum. pac. §. quoad processum 55. *supplicatio inducta est absolute*, ut remedium suspensivum, *nimirum loco revisionis cameralis, quae tum temporis in regula adhuc habebat effectum suspensivum simpliciter. E. licet postea in revisionibus effectus suspensivus per r. j. noviss. fuerit cassatus, non tamen haec correctoria dispositio extendenda videtur ad supplicationem aulici judicii argum. vulg. l. praecipimus* 32. *in fin. c. de appell. Nec obstat, sed confirmat magis hanc sententiam cap. caes. art.* 42. *in verbis illis, und nirgends anders etc. von neuen in cognition gezogen, noch dessen Execution gehindert; quandoquidem exceptio intermedia, ibi; es sey denn durch den ordentlichen Weg deren in offtermeldten Friedens-Schluss beliebter revision, contrarium haud obscure indigitat, posse sc. decreta judicii aulici et noviter venire in cognitionem; et in illis executionem suspendi interposita revisione illa, sive supplicatione per instrum. pacis inducta. In quam sententiam eo pronior sum, quod animadverterim, sententias in aulico judicio, contra quas ne supplicatio quidem isthaec formaliter implorata fuerat, nihilominus certis ex causis esse suspensas*.

CAPUT XXIII.

Petitio restitutionis in integrum non semper suspendit executionem.

Restitutioni in integrum effectum suspensivum regulariter competere, clarissimi juris est per *ord. camer. part.* 3. *tit.* 51. Et quamvis ibi casus, si restitutio calumniose petita, excipiatur; non tamen praesumenda est calumnia, nisi haec doceatur, ad quod omnino causae cognitione opus est, per verba *d. ordin. camer. Soll Cammer-Richter und Beysitzer ein fleissiges Einsehen haben, und wo sie befunden, dass die restitution calumniose oder gefaehrlicher weise gesuchet etc.* Eousque ergo suspendenda est sententiae imperialis executio, donec summarie de gravaminibus cognitum. Idem ergo etiam in judicio aulico admittendum; praesertim cum ille effectus restitutionis suspensivus juri communi conveniens sit. *l. unic. c. in integrum restit. postulata, ne quid novi fiat*.

CAPUT XXIV.

Cautionis interponendae necessitas non impedit executionem.

Quod ille, qui supplicationis remedio usurus, executionem impedire possit, donec ipsi praestita sit cautio de restituenda re, in casum, si sententia retra-

otetur, hoc juris communis est. *Auth. quae supplicatio c. de precib. imp. offer. nov.* 119. *c.* 5. Idem hoc applicatum remedio revisionis, postquam eidem effectus suspensivus per *recess. imp. nov.* §. 124. ademptus, verbis: *Jedoch mit der Condition, dass die Partheyen vor welche die Sententia gesprochen, und von der die execution begehret wird, gnugsame caution de restituendo, auff dem Fall der Verlustigung der Sachen, leisten solle.* Hinc cautionis interponendae necessitatem non impedire executionem, in rubrica capitis dicit auctor; sed postea hoc ne verbulo quidem probat; potius ad hoc dilabitur, cui arbitrium super cautionis valore sit relinquendum. Removenda ergo primum est illa inscriptio, tanquam falsa, et legibus imp. contraria. Quid enim evidentius in recess. imp. dici potuisset, quam effectum suspensivum non amplius locum habere debere, *jedoch mit dieser condition*, si scilicet sufficiens cautio praestita. Unde infallibili terminorum nexu sequitur: ubicumque cautio de restituendo nondum praestita, ibi cessat sententiae executio: rationem vulgatissima suppeditant jura; quia, quae sub conditione concessa, hac cessante, censentur revocata. Conditio enim quamdiu pendet, effectum positivum habere nunquam potest. Manet ergo injustae sententiae executio, quae, provocante victo ad remedium revisionis aut supplicationis, cautione sufficiente nondum praestita, instituitur.

Cujus autem arbitrio aestimandum veniat, an sufficiens cautio sit? alia plane quaestio est; sane parti victae nemo hanc potestatem adscripserit, sed a supremo judicio hac de re cognoscendum. Attamen et hoc verum est, non posse judicium aulicum vel cameram, an idonea sit cautio, sententiam ferre, aut arbitrium interponere, nisi pars victa cum suis exceptionibus audita prius fuerit, ob verba *d.* §. 24. *welche cautions Leistung dem Gegentheil in Schrifften zu seiner Nachricht und fordersamsten Erklaerung zu communiciren, würde nun derselbe solche caution nicht sufficient erachten, und dagegen excipiren, auff solchen Fall haette sich der Judex zu interponiren und das arbitrium zu halten*; quae verba ficco pede praeteriit auctor, cum viderit illa executioni hucusque ab ipso defensae, sed sine praevia cognitione super cautione institutae, quam maxime refragari. Frustra ergo ad officium judicis provocat, quasi proprio motu de cautionis vigore cognoscere posset judicium aulicum. Dum enim forma super cautione cognoscendi legibus imperii praescripta est, non poterit in praejudicium partis victae quicquam circa modum cognitionis super praestanda cautione ex officio immutare judicium aulicum.

CAPUT XXV.

Executionem non suspendi quamvis pars victa ad aliud judicium vel ad comitia provocaret.

Non difficilis hic ero, ut in auctoris castra transeam, provocatione ad aliud judicium sententiarum imperialium executionem suspendi non debere, quippe in causis justitiae nec comitia hac potestate gaudent, ut sententiam vel in camera vel in judicio aulico latam, denuo in examen vocare possint. Hoc tamen non diffitebitur auctor, si alterutrum ex his judiciis rationem procedendi vel exequendi publicis legibus imperii praescriptam invertere conaretur, recursum ad comitia patere, ut quorum auctoritate hae leges latae, illorum etiam interpositione in priori statu conserventur. Summis enim imperii judiciis potestas secundum leges judicandi tantum relicta est. Interpretandi vero facultas ad imperii comitia universalia pertinet: quorsum etiam dubia judicii aulici remittenda esse, cautum est *instrum. pac. art.* 5. §. *visitatio* 56. Nec gravamen, quod contra leges imperii alicui infertur, eo ipso minuitur, quod petitorii causa alteri partium reservata; experientia enim hucusque docuit, amisso possessorio inter status imperii, causam petitorii plane desperatam esse. Nec jura patiuntur, ut in possessorio praepostere procedatur, sed ubique cavendum judici, ne uni parti praeter meritum favendo litem suam faciat. De caetero quod subjicit auctor, libidinem litigandi nec in comitiis satiari posse, hoc facile largior: conquerendi tamen causa tollitur, si utraque pars sufficienter audiatur, et servato processus ordine causa decidatur; quod si factum sit, secum reputabit victus, sententiam esse causam fortuitam et quod solatii quondam medicus suggesserat defuncti necessariis: *mortuus est secundum regulas artis*, idem victus sibi dictum existimabit: *succubuit secundum regulas processus.* Equidem nimis sero post victoriam recusatur judicium ab ipsa parte victa agnitum et imploratum; at vero et jure nostro prodita sunt remedia, quae in ipsa executione opponi et sententiae effectum suspendere possint, quae a processuum compilatoribus subinde congesta. Imo si et his exceptionibus locus non supersit, attamen, si in modo executionis peccatum fuerit, appellandi licentia denegata non est. *cap.* 15. *in fin. x. de sentent.*

CAPUT XXVI.

Ut nova judiciorum forma introducatur, executiones sisti non expedit.

Summorum imperii tribunalium jurisdictio hucusque ab imperii statibus et circulis in dubium vocata non est, sed melior procedendi ratio exoptata saepius, et ex parte quoad cameram obtenta in comitiis de *anno* 1654. Eadem procedendi ratio judicio aulico commendata a Ferdinando III. sed cum a stricta forma legum observatione se liberatum existimet, sub hoc praetextu multa saepius excusari solent, quae ordinariis processuum regulis repugnant. Conquesti hac de re saepius sunt apud electorem moguntinum status imperii, ut medelam incommodis his afferret, et officii ratione, ipsi ut archi-cancellario imperii incumbentis, visitationem susciperet, quae ipsi injuncta per *instr. pac. art.* 5. §. 56. *capitul. leop. art.* 42. Circulorum quidem non est, leges imperii reformare, illorum tamen omnino est, de justitia secundum leges non administrata querelam ad comitia deferre, praesertim cum usu Germaniae invalueri, ut quae in comitiis agenda, praeliminari deliberatione in conventibus circularibus expendantur, et prout salus cujusvis circuli exposcit, ejus emendatio in comitiis urgeatur. Nihil ita detrahitur majestati imperatoriae, sed hoc potius efficitur, ut judiciorum legibus rite ordinatis ac servatis, utrumque tempus et bellorum et pacis recte possit gubernari. Nec imperator majestate sua indignum reputabit, illas servare leges, quas ipse tulit,

de quo pluribus dictum est *posit.* 8. Quod si ergo legum observantia omnibus imperii membris sancta esse debet, non turbabunt rempublicam, qui legum praescripta urgent, sed turbant potius, qui ad consuetudines legibus contrarias provocant, et his ipsis suas vestire conantur anomalias.

CAPUT XXVII.

Conclusio praesentis dissertationis.

Imperatoriae majestatis singulari eminentiae prae aliis Europae regibus adscribitur, quod principibus imperet et liberis civibus, non servili jugo constrictis, aut coeco quodam obsequio fascinatis. Hinc non grave ipsi fuit, in partem regiminis electores ac principes admittere, quo suavi capitis et membrorum harmonia res germana eo felicius conservaretur. Uti vero optima libertas est secundum leges vivere, ita quoque ad leges semel latas, et juramento caesareo confirmatas provocare, fidelis civis est, cum legibus salvis, salva quoque sit caesareae majestatis auctoritas. Promovendus itaque, non sistendus justitiae cursus; sed promovendus ita, prout publice inter imperatorem et status imperii conventum. Si aliter procedatur, facti haec via erit, non juris; hinc perversus justitiae cursus eo citius sistendus, ne admisso semel exemplo, quod, ubi incipit, desinere non solet, vinculum illud legitimum quo compages imperii continetur, tandem dissolvatur. De caetero juris persecutionem violentam detestatur quidem *instr. pac. art.* 17. §. 7. sed necessariam juris competentis defensionem non adimit, uti probatum *posit.* 7. Utinam vero, quod auctor in fine dissertationis suae ex *instr. pac. d.* §. 7. subjicit: *quae judicis sententia definita fuerint, sine discrimine statuum executioni mandentur, prout imperii leges de exequendis sententiis constituunt*, nuper observatum fuisset; sic directores circulorum jus suum propria auctoritate tueri necessum non habuissent, et auctor ipse hac opera, ut calamum pro inusitata exequendi ratione defendenda stringeret, legesq; imperii in suum sensum torqueret (quod nec in ultima dissertationis linea, cerebrinam restrictionem parenthesi inserendo, omittere potuit) supersedere valuisset.

FINIS.

INDEX

DISPUTATIONUM IN V. VI. VII. ET VIII. VOLUMINE CONTENTARUM.

VOLUMEN V.

1. De delegato principis. . . . . *pag.* 5
2. De jure rerum non existentium. . „ 63
3. De impedimentis legalibus . . „ 155
4. De officii necessitate. . . . . „ 203
5. De damno rebus alienis licite illato „ 241
6. De jure privilegiati contra privilegiatum. . . . . „ 323
7. De civilitate nociva . . . . . „ 371
8. De civilitate proficua . . . . . „ 473
9. De testamento principi vel judici per procuratorem oblato. . . . „ 585
10. De testamento in itinere confecto. „ 607
11. In qua collatio juris statutarii vigensis. . . . . „ 627
12. De eo quod fit ipso jure. . . . „ 725
13. De physiognomia. . . . . „ 891
14. De satisfactione. . . . . „ 915
15. De matriculis Pomeraniae ulterioris „ 939
16. De jure praeceptorum. . . . . „ 971
17. De jure mariti in bonis uxoris. . „ 1007
18. De jure uxoris in bona mariti. . „ 1073
19. De amissis instrumentis. . . . „ 1109
20. De communione appellationis. . „ 1133
21. De jure principis subterraneo. . „ 1163
22. De jure principis aereo. . . . „ 1189
23. De facto defuncti ab haerede non praestando. . . . . „ 1209
24. De possidente non meliore. . . „ 1245
25. De necessitate edendi titulum possessionis. . . . . „ 1285

VOLUMEN VI.

1. De imputatione facti alieni. . . „ 5
2. De impugnatione facti proprii . „ 63
3. De probatione pertinentiarum. . „ 141
4. De ordine scripturae. . . . . „ 191
5. De quaestione status. . . . . „ 225
6. Exhibens collationem juris saxonici „ 285
7. De filia nobili renunciante. . . „ 319
8. De successione in feudo masculis et foeminis concesso. . . . . „ 335
9. De jure reservationum . . . . „ 361
10. De salvo regressu. . . . . „ 413
11. De foris Germaniae singularibus. „ 475
12. De differentiis juris Saxonici feudalis a jure communi feudali. . . „ 505
13. De immunitate a servitiis feudalibus. . . . . „ 523
14. De victo vincente. . . . . „ 559
15. De jure successionis. . . . . „ 593
16. De mandato delinquendi. . . . „ 627
17. De jure putativo. . . . . „ 655
18. De principe evincente . . . . „ 723
19. De jure illustrium et nobilium communi . . . . . „ 767
20. De retorsione juris . . . . . „ 805
21. De negotiis per interpretem gestis „ 871
22. De acquisitis intuitu dignitatis . „ 931
23. De feudo pignoratitio . . . . „ 991
24. De remissione inventarii . . . „ 1027

VOLUMEN VII.

1. De probatione semiplena . . . . „ 5
2. De sententia contra fiscum ferenda „ 43
3. De arbitrio feudali . . . . . „ 67
4. De jure papali principum evangelicorum . . . . . „ 87
5. De jure principis circa mortuorum judicium . . . . . „ 127
6. De appellatione illicita . . . . „ 145
7. De foro ministrorum principis . „ 168
8. De abusu rescriptorum moratoriorum . . . . . „ 199
9. De causa incidente . . . . . „ 231
10. De via facti principibus imperii permissa . . . . . „ 273
11. De jure humaniore . . . . . „ 319
12. De tutela materna principum imperii „ 357
13. De jure baronum . . . . . „ 429
14. De jure allodiali principum imperii „ 493
15. De temeratoribus juris monetandi „ 559
16. De obsequio judicis inferioris. . „ 579
17. De praesumptione pro magistratu. „ 621
18. De cambialium literarum acceptatione . . . . . „ 659
19. De jure militae circularis . . . „ 707
20. De jure militiae imperialis . . „ 753
21. De jure epistalmatis . . . . . „ 809
22. De jure principis circa rationes civitatum . . . . . „ 877
23. De falsitate precum principi oblatarum . . . . . „ 965
24. De resignatione juris civitatis . . „ 1011
25. De foro principum et privatorum communi . . . . . „ 1085
26. De jure prohibendi exstructionem molendini . . . . . „ 1125

27. De potestate clericorum in secularibus . . . . . „ 1161
28. De probatione contra praestitum juramentum legale . . . . . „ 1185
29. De clausulis commissionum . . „ 1217
30. De periculo petentis . . . . . „ 1265

VOLUMEN VIII.

1. De provisione militari . . . . „ 5
2. De jure bibliotecarum . . . . „ 35
3. De processibus abbreviandis per poenam mendacii . . . . . „ 67
4. De morte loco jurisjurandi . . „ 101
5. De negotiis capitulatione Caesar. annullatis . . . . . „ 129
6. De jure prohibendi exstructionem fortalitiorum . . . . . „ 171
7. De feudis ducatuum Silesiae swidnicensis et javraviensis . . . . „ 199
8. De jure Silesiorum saxonico . . „ 249
9. De litis contestatione eventuali . „ 281
10. De privilegiis titulo oneroso quaesitis„ 295
11. De investitura abusiva . . . . „ 323
12. De obligatione affirmantis circa statum hominum . . . . . „ 357
13. De remediis causae vulneratae propter amissas in processu exceptiones . . . . . „ 379
14. De controversiis fori selectis . . „ 401
15. De casibus circa legitimam controversis . . . . . „ 425
16. De probationis probatione meliori. „ 445
17. De resolutione casuum forensium . „ 477
18. Casuum forensium resolutorum . „ 513
19. De casibus in foro controversis . „ 545
20. Resolutiones practicorum casuum „ 577
21. De incerta ambiguorum decisione „ 603
22. De possessione per cautionem non auferenda . . . . . „ 623
23. Resolutiones casuum in Pomerania ventilatorum. . . . . „ 661
24. De variis fori controversiis. . . „ 685
25. De judicio principis juxta solam facti veritatem . . . . . „ 709
26. De obligatione filiifamilias . . . „ 735
27. De collisione navium . . . . „ 769
28. De jure successionis in revocandis bonis familiae . . . . . „ 815
29. De juribus singularibus connubiorum in Germania . . . . . „ 849
30. De feudis Lusatiae superioris . . „ 883
31. Decades duae casuum controversorum . . . . . „ 929
32. De operis uxorum . . . . . „ 965
33. De auctoritate rei judicatae contra tertium . . . . . „ 1015
34. De divortio propter insidias vitae structas . . . . . „ 1051
Dissertatio de jure exequendi sententias imperiales directoribus circulorum competente . . . . . „ 1079

Stanford Law Library
3 6105 062 384 198